

司法研究

2010年第三卷 总第三卷

《司法研究》编辑委员会 编

- 自首与立功竞合初探
- 关于民法上的时间
- 公正的流动智慧
- 弘扬人民司法优良传统 践行能动主义司法模式
坚持走司法专业化与司法大众化相结合的路子
- 论司法与社会沟通的现实之维
- 基层法院审判委员会专职委员工作机制研究
- 关于松原地区人民陪审员工作情况的调查报告



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

司法研究

2010年第三卷 总第三卷

《司法研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法研究. 2010 年. 第 3 卷: 总第 3 卷/《司法研究》
编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2010. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1229 - 2

I. ①司… II. ①司… III. ①司法—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 185127 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
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/787×960 毫米 1/16	印张/17.25 字数/251 千
版本/2010 年 9 月第 1 版	印次/2010 年 9 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 - 1229 - 2	定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

Content

【司法前沿】

自首与立功竞合初探 王 松 张太范/ 1

【专家特稿】

关于民法上的时间 崔建远/ 13

【热点问题】

公正的流动智慧

——简论我国当下社会变迁中的司法

演进 姚建军 赵旭忠/ 48

弘扬人民司法优良传统 践行能动主义司法模式

坚持走司法专业化与司法大众化相结合的路子 冯 华/ 58

司法预警的理论与实践 范 涛/ 74

柔性司法:规则语境的能动实践 张 雯/ 91

论司法与社会沟通的现实之维

——和谐司法语境下法官公共关系意识的

养成 徐 军 刘 俊/103

【理论探索】

论立功成立要件 金 福/115

结果加重犯的共同正犯理论研究 刘 佩/131

论非法证据排除规则的构建 张 巨/141

2 目 录

论中国不宜实行判例法制度的原因	谢锐勤/153
从制度角度透析地方政府土地违法行为	李相范/163
浅析答辩失权制度	蒋希琳/174

【司法实务】

基层法院审判委员会专职委员工作机制研究	郭 瑞 薛海明/185
---------------------	-------------

【调查研究】

关于审理林权争议行政案件的调查报告	李琳平/196
关于松原地区人民陪审员工作情况的调查报告	孙世雁/207
关于刑事附带民事案件调解情况的调查报告	张丽娟/228
关于社会抚养费征收涉诉案件情况分析	郑长波 范雪慧/236
浅谈社会转型期延边毒品犯罪的特点 ——兼谈新形势下毒品犯罪控制模式和刑事 审判	李 欣/242

【经验交流】

坚持标准 规范运作 推进量刑规范化试点工作深入开展	肖德馗/250
---------------------------	---------

【案例分析】

被告人王新学、吴占民以危险方法危害公共安全、 非法持有枪支、被告人吴玉娟非法持有枪支案	赵星天/256
能否认定为“入户抢劫”?	金弘楠 王彦斌/263

【法院文化】

法官的随想	王 勇/267
-------	---------

自首与立功竞合初探

王 松* 张太范**

司法实践中经常会遇到行为人因某种犯罪被采取强制措施后,在如实供述司法机关尚未掌握的本人其他犯罪时牵扯出与该犯罪有关联的他人犯罪行为,或者在揭发他人犯罪行为时牵扯出与该犯罪有关联的司法机关尚未掌握的本人其他犯罪。此时,如何认定、适用自首与立功情节是一个看似简单而实际上极其复杂且非常重要的问题。

一、揭发与自己有关联的他人犯罪行为是否构成立功的问题

行为人与他人犯罪行为有关联的情况存在于共同犯罪中的各共同犯罪人之间或者连累犯罪中的基本犯与连累犯之间或者对向犯罪中的对向犯之间。理论界和实务界就行为人揭发与自己有关联的他人犯罪行为是否应当认定立功的问题存在较大的分歧。笔者认为,既不能一概肯定,也不能一概否定,而应当根据不同的情况予以判断。

第一,共同犯罪人因共同犯罪到案后揭发同案犯的共同犯罪行为、基本犯因基本犯罪到案后揭发连累犯的连累犯罪行为、连累犯因连累犯罪到案后揭发基本犯的基本犯罪行为、对向犯因对向犯罪到案后揭发对方的对向犯罪行为均不能认定构成立功。《刑事诉讼法》第93条规定:侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为,让他陈述有罪的情节或无罪的辩解,然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。但是对与本案无关的问题,有拒绝回答的权利。从该条的内容上看,犯罪嫌疑人应当如

* 王松,吉林省高级人民法院副院长。

** 张太范,吉林省高级人民法院刑事审判第一庭副庭长、法学博士。

实回答与“本案”有关的问题,换言之,如实回答与“本案”有关的问题是犯罪嫌疑人的一种义务。共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯分别因共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪到案时,共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪当然属于《刑事诉讼法》第 93 条规定的“本案”,因此,共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯应当如实交代与其共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪有关的问题。而共同犯罪、连累犯罪、对向犯罪的特点决定,与共同犯罪有关的问题中必然包含共同犯罪人所知道的同案犯的共同犯罪行为,与连累犯罪有关的问题中必然包含连累犯所知道的基本犯的基本犯罪行为,与对向犯罪有关的问题中必然包含对方的对向犯罪行为。这就是说,共同犯罪人因共同犯罪到案后揭发同案犯的共同犯罪行为、连累犯因连累犯罪到案后揭发基本犯的基本犯罪行为、对向犯因对向犯罪到案后揭发对方的对向犯罪行为,均属于应当如实供述与“本案”有关的问题的一部分,不能视为《刑法》第 68 条规定的“揭发”。因为,《刑法》第 68 条规定的“揭发”内容,不应包含在行为人应当如实供述的范围之内,否则,刑法不能把“揭发”这种行为规定为法定从宽处罚情节。笔者认为,这就是最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(以下简称解释)规定共同犯罪人揭发同案犯的共同犯罪行为不构成立功的理由。至于与基本犯罪有关的问题中是否包含连累犯的连累犯罪行为的问题,可能不好理解。因为,连累犯的连累犯罪行为是在基本犯完成基本犯罪行为后才实施的,似乎与基本犯的基本犯罪行为即与“本案”无关。但是,要知道,连累犯的连累犯罪行为往往与基本犯实施基本犯罪后逃避处罚、处理赃物等行为有关,对于因基本犯罪行为到案的基本犯来讲,其逃避处罚、处理赃物等行为无疑仍然属于与“本案”有关的问题,基本犯应当如实供述与其逃避处罚、处理赃物等事实有关的问题。而基本犯在逃避处罚、处理赃物等方面接受连累犯的某种帮助的行为与连累犯给予基本犯某种帮助的行为之间存在对应关系,因此,在基本犯如实供述的内容中,当然包含连累犯的连累犯罪行为,进而基本犯揭发连累犯的连累犯罪行为,也应当属于其如实供述的范围,不能视为《刑法》第 68 条规定的“揭发”。

第二,共同犯罪人因与其共同犯罪同质(指罪名相同,下同)的其他

犯罪到案后揭发同案犯的共同犯罪行为、基本犯因与其基本犯罪同质的其他犯罪到案后揭发连累犯的连累犯罪行为、实施数个同质的连累犯罪行为的连累犯因其中个别连累犯罪到案后揭发其他连累犯罪中的基本犯的基本犯罪行为、实施数个同质的对向犯罪行为的对向犯因其中个别对向犯罪到案后揭发其他对向犯罪中的对方的对向犯罪行为均不宜认定构成立功。在上述四种情况下,共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯均因某种犯罪到案后揭发了与该犯罪无关的他人犯罪行为,其所揭发的内容并非与“本案”有关的问题,不属于其如实供述的范围,按理应当认定构成立功。但是,笔者主张,在上述情况下,不应当认定构成立功。有两点理由:一是,如果认定构成立功,那么,适用立功情节量刑时必然陷入无法解决的矛盾。按照现行的量刑制度,在行为人实施数个同质的犯罪行为并具有立功情节的情况下,只能将行为人的数个同质犯罪行为作为一个整体从宽处罚,不能对其中某一个犯罪行为单独从宽处罚。因此,在上述情况下,如果认定共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯构成立功,就应当对共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯各自的整体犯罪从宽处罚。这样,与被揭发的他人犯罪行为有关联的自己的犯罪行为也成了从宽处罚的对象。但是,与被揭发的他人犯罪行为有关联的自己的犯罪行为不应该成为从宽处罚的对象。因为,共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯所揭发的他人犯罪行为分别与各自的部分犯罪行为存在关联,对于这部分犯罪行为来说,所揭发的他人犯罪行为属于应当如实供述的范围,当然不能认定构成立功。避免出现这种矛盾,就应当仅对共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯实施的数个同质犯罪中与被揭发的犯罪行为无关联的其他犯罪从宽处罚,但是,在现行的量刑制度框架内又缺乏可操作性。二是,如果认定构成立功,就与有关自首的规定不相协调。根据解释的规定,共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯分别因与其共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪同质的其他犯罪到案后如实交代司法机关尚未掌握的自己的共同犯罪事实、基本犯罪事实(这里的“基本犯罪事实”是相对于“连累犯罪事实”而言的,并不是指“基本的犯罪事实”,下同)、连累犯罪事实、对向犯罪事实时,由于他们各自供述的罪行与司法机关已掌握的罪行属于同种罪行,不能以自首论,亦即不能作为法定从宽处罚情节。共同犯罪人如

如实供述其共同犯罪事实,实际上也就是揭发其所知道的同案犯的共同犯罪行为;基本犯如实供述其基本犯罪事实,实际上也就是揭发连累犯的连累犯罪行为;连累犯如实供述其连累犯罪事实,实际上也就是揭发其所知道的基本犯的基本犯罪行为;对向犯如实供述其对向犯罪事实,实际上也就是揭发对方的对向犯罪行为。因此,在上述情况下,如果认定构成立功,就等同于共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯如实供述司法机关尚未掌握的同种罪行时就具有法定从宽处罚情节。这样,就会导致与有关自首的规定不相协调。

第三,共同犯罪人因与其共同犯罪异质(指罪名不相同,下同)的其他犯罪到案后揭发同案犯的共同犯罪行为、基本犯因与其基本犯罪异质的其他犯罪到案后揭发连累犯的连累犯罪行为、连累犯因与其连累犯罪异质的其他犯罪到案后揭发基本犯的基本犯罪行为、对向犯因与其对向犯罪异质的其他犯罪到案后揭发对方的对向犯罪行为时应当认定构成立功。有人会以共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯揭发的他人犯罪行为与其犯罪行为有关联,都属于应当如实供述自己的犯罪行为范围为由否定构成立功。但这种观点值得商榷。同样是共同犯罪人揭发同案犯的共同犯罪行为,共同犯罪人因共同犯罪到案后揭发同案犯的共同犯罪行为和共同犯罪人因与其共同犯罪异质的其他犯罪到案后揭发同案犯的共同犯罪行为,二者的意义是不同的。上文已谈到,在前一种情况下,共同犯罪人揭发同案犯的共同犯罪行为属于其如实供述自己的共同犯罪行为的范围,当然不应认定构成立功。但是,在后一种情况下,共同犯罪人因与其共同犯罪异质的其他犯罪行为到案,所以,只有“其他犯罪”属于与“本案”有关的问题,共同犯罪人应当如实供述“其他犯罪”,而共同犯罪行为并非与“本案”有关的问题,不属于共同犯罪人应当如实供述的范围。因为,《刑事诉讼法》第93条中“本案”应当是指司法机关已经掌握一定线索的犯罪嫌疑人所涉嫌的犯罪案件,否则,该条应当规定为“犯罪嫌疑人应当如实供述自己的全部犯罪事实”。有人会以《刑事诉讼法》第93条规定犯罪嫌疑人应当如实回答侦查人员的提问为由,共同犯罪人因涉嫌“其他犯罪”到案后,侦查人员提问还有没有其他犯罪时,共同犯罪人应当如实供述侦查人员尚未掌握的共同犯罪事实,进而肯定其揭发同案犯的共同犯罪行为也属于

如实供述的范围。但是,笔者不敢苟同这种观点。因为,照此理解,共同犯罪人是否构成立功就取决于侦查人员是否提问“还有没有其他犯罪”或者共同犯罪人是否在侦查人员提问“还有没有其他犯罪”之前如实供述共同犯罪事实。这显然是不合理的。既然共同犯罪人因“其他犯罪”到案后揭发同案犯的共同犯罪行为不属于其如实供述的范围,就应当认定其构成立功。基于同样的理由,基本犯、连累犯、对向犯分别因与其基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪异质的其他犯罪行为到案后揭发与其有关联的相对方的连累犯罪行为、基本犯罪行为、对向犯罪行为时,亦应当认定构成立功。有观点认为,行贿人行贿后因其他犯罪(从叙述上看,“其他犯罪”中包括与行贿犯罪异质的犯罪。笔者注)而案发后交代出相关的受贿人时不构成立功。^{〔1〕}其主要理由有两点:一是,行贿与受贿之间属于刑法上的关联犯,行贿人此时揭发受贿人是其交代行贿罪行的必要内容,而依刑法之精神,检举揭发是指本人犯罪行为以外的他人犯罪行为。因而,这种情况不符合立功的本意。二是,行贿人的检举揭发行为从本质上讲是对自己犯罪行为的交代,行贿人交代行贿行为与检举他人受贿行为实质是一个行为,如行贿人不检举他人的受贿行为,则无法交代自己的行贿行为,不能把二者生硬割裂开来,单纯把检举他人接受自己贿赂的行为认定立功,但行贿人交代的行贿事实如果属“司法机关还未掌握的本人的其他罪行”,可以自首论。上文已谈到,行为人揭发与自己关联的他人犯罪行为不能成为否定其构成立功的理由,在此不再重复。至于“不符合立功的本意”更是谈不上。立功制度是功利性很强的刑罚制度,设立立功制度的目的无非是节约司法资源、及时打击犯罪等。行贿人行贿后因其他犯罪而案发交代出相关的受贿人,同样在侦破贿赂犯罪方面能够节约司法资源,而且能够及时打击贿赂犯罪,不但与设立立功制度的目的不发生冲突,反而完全符合设立立功制度的初衷。所以,第一个理由是不能成立的。在第二个理由中,笔者认为,“行贿人交代行贿行为与检举他人受贿行为实质是一个行为”、“不能把二者生硬割裂开来”这一点是正确的。既然这

〔1〕 邓林:“职务犯罪中立功问题的认定”,载《人民法院报》2005年11月23日,B4版;王立章:“行贿人检举他人受贿系立功吗?”,载《人民法院报》2004年10月11日,第3版。

样,为什么只能认为“行贿人的检举揭发行为从本质上讲是对自己犯罪行为的交代”、“如行贿人不检举他人的受贿行为,则无法交代自己的行贿行为”,而不能反过来认为“行贿人交代自己犯罪行为从本质上讲是对受贿人犯罪行为的揭发”、“如行贿人不交代自己的行贿行为,则无法检举他人的受贿行为”呢?为什么总是把侧重点放在行贿人交代自己的行贿犯罪上而不放在行贿人揭发受贿人的受贿犯罪上呢?既然承认行贿人的“一个行为”具有交代行贿行为和检举受贿行为的双重性质,没有理由只肯定交代的一面而否定检举的一面。另外,在上述情况下,如果不认定共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯构成立功,就必然产生不公平的现象。比如,甲1因贪污500万元(假定贪污500万元应当被判处有期徒刑)被抓获后,揭发乙1收受丙贿赂10万元的犯罪事实,而甲2因贪污500万元被抓获后,揭发乙2收受甲2贿赂30万元的犯罪事实。对甲1构成立功不能有异议,但是,如果以甲2揭发的乙2的受贿犯罪与甲2的行贿犯罪有关联为由否定甲2构成立功,那么,甲1揭发的犯罪行为虽然比甲2揭发的犯罪行为轻微得多,但甲1因构成立功,其贪污犯罪可以得到从宽处罚,被判处有期徒刑,而甲2因不构成立功,其贪污犯罪得不到从宽处罚,被判处有期徒刑,其行贿犯罪虽因构成自首而得到从宽处罚,但数罪并罚后甲2最终承担比甲1更重的刑罚后果即被判处有期徒刑。这显然是有失公允的,而且不利于调动像甲2这样的对向犯揭发与自己有关联的他人犯罪行为的积极性。

二、自首和立功竞合的情况

行为人同时具有自首和立功情节是自首和立功竞合的前提条件。行为人仅具有自首情节而不具有立功情节或者仅具有立功情节而不具有自首情节,自然谈不上自首和立功的竞合问题。但又不能因为行为人同时具有自首和立功情节就说成自首和立功发生竞合了,不能把行为人同时具有自首和立功情节的情况与自首和立功的竞合混为一谈。在理论界和实务界,有人常会将行为人同时具有自首和立功情节的情况称为自首和立功的竞合,实际上这种表述缺乏严谨性,而且从表述的内容上看,只不过是行为人同时具有各自独立的自首情节和立功情节,就像一个未成年行为人由于在共同犯罪中起次要作用,同时具有未成

年和从犯两个从宽情节一样。不能因为行为人同时具有未成年和从犯两个情节,就可以说未成年情节和从犯情节发生竞合了。刑法理论上所称的竞合,是指一个行为或一个事实在刑法上能够同时作出两种以上的价值评价的情形。比如,想象竞合犯,是指一个行为触犯了数个罪名,即在犯罪构成要件的评价上,一个行为符合数个犯罪构成要件。自首和立功竞合,就是指行为人的一个行为既成为行为人构成自首的条件,又成为行为人构成立功的条件,使其同时具有自首和立功情节的情况。那么,在什么条件下,才会出现自首和立功发生竞合的情况呢?

共同犯罪人因与其共同犯罪异质的其他犯罪行为到案后如实供述与同案犯实施共同犯罪的事实,或者基本犯因与其基本犯罪异质的其他犯罪行为到案后如实供述自己实施基本犯罪行为后接受连累犯某种帮助的事实,或者连累犯因与其连累犯罪异质的其他犯罪行为到案后如实供述自己明知基本犯犯有某种具体犯罪的情况下,给予基本犯以某种帮助的事实,或者对向犯因与其对向犯罪异质的其他犯罪行为到案后如实供述其对向犯罪行为时,一方面,由于共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯如实供述了与司法机关已掌握的罪行不同种的本人的其他罪行,构成自首。另一方面,共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯各自如实供述共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪事实时,又必然分别涉及其所知道的与自己有关联的同案犯、连累犯、基本犯、对向犯的犯罪行为,所以,他们陈述共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪事实的过程也就是揭发他人犯罪行为的过程。而上文已讲过,此时共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯又构成立功。不难发现,在上述情况下,共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯如实供述共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪事实的行为均具有双重性质,即共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯如实供述犯罪事实的一个行为,从自首的角度看,就构成了成立自首的条件,而从立功的角度看,又构成了成立立功的条件,这样,自首和立功发生了竞合。下面以唐某和李某的行贿受贿案为例说明自首和立功竞合问题。唐某是一家民营企业的老板,李某是某国有银行主管信贷工作的副行长。唐某在自己企业不具备贷款条件的情况下,为了得到贷款给李某行贿 20 万元,李某便指使信贷科给唐某发放 300 万元贷款。唐某因逃税犯罪被逮捕后,如实供述了自己向李

某行贿 20 万元或者说李某接受其贿赂 20 万元的犯罪事实。此时,唐某的陈述具有两重性,既可以说唐某如实供述了自己的行贿犯罪事实,又可以说揭发了李某的受贿犯罪事实。那么,一方面,由于唐某因逃税犯罪被逮捕后如实供述了司法机关尚未掌握的本人行贿犯罪事实,按照解释的规定,应当以自首论。另一方面,唐某因逃税犯罪被逮捕后,由于揭发了李某的受贿犯罪行为,符合立功的条件,又构成立功。否认唐某既构成自首又构成立功没有任何法律依据。

实践中有人提出,在自首和立功竞合的情况下,应当将行为人的目的作为衡量是否认定自首或立功的标准:如果行为人出于自首的目的如实供述自己的犯罪事实时牵扯出与此有关联的他人的犯罪行为,就应当只认定自首,不认定立功;如果行为人出于立功的目的揭发他人的犯罪行为时牵扯出与此有关联的自己的犯罪行为,就应当只认定立功,不认定自首。但是,刑法和解释都没有对自首和立功的动机或目的做出任何规定。因此,行为人被采取强制措施后,只要如实供述与司法机关已掌握的罪行不同种的本人的其他罪行,不论其如实供述的目的是什么,甚至即使其本人不知道自己如实供述的行为构成自首,也应当以自首论。同样,已到案的犯罪分子只要揭发他人犯罪行为,不论其揭发的目的是什么,甚至即使行为人不知道自己揭发他人犯罪行为的行为构成立功,也应当认定立功。有些国家刑法对这种问题作了明确的规定。例如,《意大利刑法》第 59 条规定,除法律另有规定外,对于减轻或者排除刑罚的情节,作有利于行为人的考虑,即使这些情节未被该人所认识或者该人误认为不存在。这种立法例值得我们借鉴。

三、自首和立功竞合时如何适用问题

之所以阐述自首和立功竞合时如何适用的问题,是因为此问题直接关系到刑罚公正与否及是否罚当其罪等问题。

上文已经论述,自首和立功竞合的现象只能发生在行为人犯有数罪的场合。在一个人犯有数罪的情况下,自首情节的适用问题较为简单,刑法有关自首的规定和有关自首的刑法理论告诉我们,犯有数罪(“数罪”是指罪质不同的数罪,下同)的犯罪分子自动投案后,如果如实供述数罪中的部分犯罪事实,那么,如实供述的部分犯罪成立自首,

对该部分犯罪可从宽处罚,而未如实供述的另一部分犯罪就不成立自首,对其不能从宽处罚;如果如实供述所有犯罪事实,那么,所有的犯罪成立自首,对所有的犯罪均可从宽处罚。即自首的适用与如实供述的犯罪之间存在先天的对应关系,可“对号入座”。而立功不同于自首,在一人犯数罪并具有立功情节的情况下,由于立功的适用与数罪中的任何一罪之间都不存在那种先天的对应关系,不能“对号入座”。那么,一人犯数罪并具有立功情节的情况下,应当怎样适用立功情节从宽处罚呢?这里可以先肯定两点:一是不能适用一个立功情节从宽处罚两个以上(包括两个)的数罪,否则就会违反禁止重复评价的原则。禁止重复评价的原则内容之一是不能将同一个量刑情节重复适用于量刑过程中,同一个量刑情节只能适用一次。二是在数罪的总和刑期以下、数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期时,不能以具有立功情节为由选择相对轻的刑期,或者在数罪并罚决定应执行的刑罚后,不能以具有立功情节为由判处低于应执行刑罚的刑罚。根据刑法规定,具有从轻处罚情节的,应当在法定刑的限度以内判处刑罚,而具有减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。可见,从轻或减轻处罚都是以法定刑为基准的,如果没有法定刑,就会失去适用从轻、减轻情节的基础。数罪的总和刑期以下、数刑中最高刑期以上虽然具有一定的幅度,但它并不是法定刑,从而不能将在此幅度内选择较轻刑期的量刑活动等同于从轻处罚。数罪并罚后决定的应当执行的刑罚更不同于法定刑,所以无论决定执行的刑罚属于什么种类的刑罚,都不能以行为人具有立功情节为由判处低于决定执行刑罚的刑罚。因此,在一个人犯数罪并具有立功情节时,只能对数罪中的某一个罪从宽处罚。在一般情况下,当数罪中的某一个罪本应被判处无期徒刑或者死刑而其他罪应被判处其他刑罚时,可适用立功情节对本应被判处无期徒刑或者死刑的罪从宽处罚,否则就会失去从宽处罚的意义。因为,如果不对本应被判处无期徒刑或死刑的罪而对本应被判处其他刑罚的罪从宽处罚,数罪并罚后决定执行的刑罚还是无期徒刑或者死刑。当数罪中任何一个罪都不能被判处无期徒刑或死刑而本应被判处有期徒刑时,可适用立功情节对本应被判处最高刑期的犯罪从宽处罚。只有这样,数罪的总和刑期和数刑中的最高刑期才会降低,较好地体现立功情节的作用。当然,一个

人犯数罪尤其是其中个别罪应当判处较重刑罚的情况下,是否可以适用立功情节对其从宽处罚,应当根据犯罪个数、每个罪本应判处的刑罚的轻重以及立功的大小等情况慎重考虑,以使量刑结果符合罪责刑相适应原则。

自首和立功竞合的原因就在于共同犯罪人、基本犯、连累犯、对向犯如实陈述共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪事实的行为均具有如实供述其犯罪事实和揭发他人犯罪行为的双重性质。在这种情况下,如果把自首和立功同时适用于量刑,就等于行为人如实陈述其犯罪事实的一个行为或者行为人揭发他人犯罪行为的一个行为作为从宽情节在量刑方面得到重复适用,这完全违反了禁止重复评价的原则。因此,在自首和立功竞合的场合,量刑时只能适用其中一个从宽情节。

那么,在自首和立功发生竞合时,应当根据什么原则选择适用其中一个从宽情节呢?既然自首和立功都是法定从宽处罚情节且只能适用其中一个情节,笔者认为,一般应当采用最有利于行为人的原则,即适用自首情节最有利于行为人时就适用自首情节而不适用立功情节,适用立功情节最有利于行为人时就适用立功情节而不适用自首情节。这就涉及怎样具体适用自首或立功情节,才最有利于行为人的问题。在具体论述此问题之前,为了下文叙述上的方便,将行为人所犯的与其共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪异质的其他犯罪统称为“他罪”,将行为人所犯的共同犯罪、基本犯罪、连累犯罪、对向犯罪行为则统称为“本罪”。笔者认为,可以分两种情况予以分析。第一种情况是,在不考虑自首和立功的情况下,“本罪”应当判处的刑罚重于“他罪”应当判处的刑罚时,应当适用自首情节,而不能适用立功情节。其理由在于:一是,如果适用立功情节,只能从宽处罚“他罪”,而不能从宽处罚“本罪”。因为,行为人虽具有立功情节,但作为其构成立功必要条件的揭发行为属于其如实供述“本罪”的范围,对于“本罪”来说并不构成立功,只有对于“他罪”来说构成立功。二是,由于“他罪”应当判处的刑罚轻于“本罪”应当判处的刑罚,要是适用立功情节从宽处罚“他罪”,那么,行为人最终承担的刑罚后果必然重于适用自首情节从宽处罚“本罪”时最终承担的刑罚后果,亦即不利于行为人。当然,这种结论是以适用立功时从宽的幅度与适用自首时从宽的幅度相同以及在总和刑期

以下、数刑中最高刑期以上幅度内同比例选择执行刑期为必要条件的,否则,不存在可比性。举例说明上述问题。假设,在不考虑自首和立功的前提下,“他罪”应当判处有期徒刑5年,“本罪”应当判处有期徒刑7年,而无论自首情节还是立功情节,其从宽幅度均为2年。如果适用立功情节,那么,“他罪”可从宽判处有期徒刑 $5-2=3$ 年,与“本罪”应当判处的有期徒刑7年并罚,应当在有期徒刑7年以上10年以下幅度内决定执行刑期。如果在该幅度内选择中线作为执行刑期,那么,执行刑期为有期徒刑8年6个月。但是,如果适用自首情节,“本罪”可从宽判处有期徒刑 $7-2=5$ 年,与“他罪”应当判处的有期徒刑5年并罚,应当在有期徒刑5年以上10年以下幅度内决定执行刑期。如果在该幅度内同样选择中线作为执行刑期,那么,执行刑期为有期徒刑7年6个月。所以,适用立功情节,显然不利于行为人。在“本罪”应当判处无期徒刑或者死刑,“他罪”应当判处有期徒刑以下刑罚时,毋庸置疑,适用自首情节更加有利于行为人。第二种情况是,在不考虑自首和立功的情况下,“他罪”应当判处的刑罚重于“本罪”应当判处的刑罚时,应当适用立功情节,而不能适用自首情节。其理由在于:一是,如果适用自首情节,只能从宽处罚“本罪”,而不能从宽处罚“他罪”。因为,行为人虽具有自首情节,但行为人因“他罪”到案后如实供述了“本罪”,仅“本罪”构成自首(如果行为人“到案”方式属于主动投案并如实供述“他罪”的主要犯罪事实,可另当别论)。二是,由于“本罪”应当判处的刑罚轻于“他罪”应当判处的刑罚,要是适用自首情节从宽处罚“本罪”,行为人最终承担的刑罚后果必然重于适用立功情节从宽处罚“他罪”时最终承担的刑罚后果,亦即不利于行为人。但是,同样是自首或者立功情节,具体情况比较复杂,尤其立功还分为一般立功和重大立功,而且由于二者内部又有程度上的区别,在从宽幅度方面还存在较大的差距,所以采用最有利于行为人的原则时,一定要经过仔细分析后,适用最有利于行为人的从宽情节。

在自首和立功竞合的情况下,一般应当采用最有利于行为人的原则,就意味着存在例外。如果适用最有利于行为人原则,必然导致罚不当罪时,就不应当适用该原则,而应该灵活适用自首或立功情节。以张某的故意杀人、窝藏案件为例说明这个问题。张某曾经在明知秦某抢

劫致一人死亡的情况下,给其提供大量款物,使秦某逃避公安机关抓捕一年之久。后张某因婚姻纠纷以极其残忍的手段杀死岳父王某后向公安机关投案,并如实交代了杀死王某的犯罪事实,还陈述秦某抢劫致一人死亡后自己给秦某提供大量款物的事实。张某的故意杀人犯罪当然构成自首,而张某陈述自己窝藏秦某的事实,不仅窝藏罪构成自首,还因其揭发秦某抢劫致一人死亡犯罪而构成重大立功。由于张某的故意杀人罪重于窝藏罪,而且窝藏罪的自首与重大立功情节发生竞合,按照最有利于行为人的原则,量刑时应当适用重大立功情节,不应当适用窝藏罪的自首情节,并且应当将重大立功情节适用于故意杀人罪的量刑之中。那么,对张某的故意杀人罪来说,同时具有自首和重大立功情节。《刑法》第68条规定,犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。由于与张某的故意杀人罪相对应的法定刑是10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,对张某应当判处低于10年以下有期徒刑的刑罚。这样处理显然无法给予张某应有的惩罚,无法做到罚当其罪。因此,此时应当适用窝藏罪的自首情节,而不应当适用重大立功情节,这样,对故意杀人罪和窝藏罪量刑时均只适用自首情节,分别适当从宽处罚两个罪即可。法律对上述问题尚未做出明确规定的情况下,这样处理既能维护法律的严肃性和公正性,也能保护当事人合法权益。