

A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

本集要目

【刑法适用】

论酌定情节在死刑案件中的适用

利用影响力受贿罪司法适用研究

【司法实务】

检察机关办理群体性事件相关案件的几点思考

试论刑民交叉案件的司法程序适用

——以正义、自由与秩序为视角

【司法前沿】

公诉制度及其改革完善

恢复性司法理论与实践

【证据运用】

证据印证规则在受贿案件司法认定中的运用

量刑辩论程序中的品格证据研究

【疑案剖析】

余罪自首成立的若干问题解析

总第43集

刑事司法指南



法律出版社

LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2010 年第 3 集(总第 43 集)

主 编:彭 东

副主编:王 军 聂建华



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2010 年. 第 3 集: 总第 43 集 / 彭东
主编. —北京: 法律出版社, 2010. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0531 - 7

I. ①刑… II. ①彭… 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(2010)第 192545 号

©法律出版社·中国

责任编辑/何海刚	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版分社
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/陶 松
开本/A5	印张/6.75 字数/163千
版本/2010 年 10 月第 1 版	印次/2010 年 10 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 - 0531 - 7	定价: 24.00 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》 2010年第3集(总第43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)

卞建林 龙宗智 何家弘 张仲芳

张明楷 陈卫东 陈兴良 郎胜

赵秉志 梁根林 阎敏才

编辑委员会

主编:彭东

副主编:王军 聂建华 黄河 史卫忠

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 马相哲 卢宇蓉 李景晗

张凤艳 张希靖 张晓津 张寒玉

陈鸷成 侯亚辉 贺湘君 路飞

通讯编委:王新环 赵志辉 刘永志 周东曙

马迎春 吕景文 曾天 乔洪翔

李宁 余昕水 沈雪中 张厚琪

施忠华 黄秀强 孙牯昌 鲍峰

孟国祥 刘光圣 王桂芝 张毅敏

罗绍华 曾广津 李建超 张树壮

李世清 杨兵 朱会生 李志虎

赵宏斌 高原 冯明杰 孙金梁

赵铁实 蒋洪军

执行编委:张希靖

目 录

【刑法适用】

论酌定情节在死刑案件中的适用	俞金字(1)
利用影响力受贿罪司法适用研究	朱 华(16)

【司法实务】

检察机关办理群体性事件相关案件的几点思考	徐汉明 刘光圣 赵 慧(37)
试论刑民交叉案件的司法程序适用 ——以正义、自由与秩序为视角	姜文秀 朱 健(49)

【司法前沿】

公诉制度及其改革完善	龙宗智(58)
恢复性司法理论与实践	王 平(83)
出庭公诉若干实务问题	季 刚(109)
公诉环节诉讼监督的若干问题	邹开红(148)

【证据运用】

证据印证规则在受贿案件司法认定中的运用	蔡可尚(178)
---------------------------	------------

量刑辩论程序中的品格证据研究 黄海波(188)

【疑案剖析】

余罪自首成立的若干问题解析 朱 里 凌志敏(199)

【刑法适用】

论酌定情节在死刑案件中的适用

俞金字*

目 次

- 一、重视酌定情节对适用死刑的影响
 - (一)在死刑案件中酌定情节与法定情节的作用相当
 - (二)重视酌定情节在限制死刑问题上的作用
- 二、判处死刑立即执行考量的酌定情节
 - (一)犯罪后果特别严重
 - (二)犯罪情节极其恶劣
 - (三)社会危害性大
 - (四)主观恶性深,人身危险性极大
 - (五)共同犯罪中起主要作用
 - (六)社会影响恶劣,被害人家属反映强烈
 - (七)同时具有多个从重量刑情节或者犯有数罪
- 三、判处死刑缓期二年执行考量的酌定情节

* 黑龙江省人民检察院公诉二处助理检察员,法学硕士。

- (一)被害人有明显过错或对案件的引发有一定责任
- (二)犯罪动机单纯,主观恶性小
- (三)被告人家属在案发后有积极表现,减轻被告人罪责
- (四)据以定罪的证据确实充分,但是据以量刑的证据存在疑问
- (五)完全刑事责任年龄中特殊年龄段被告人的量刑问题

死刑是以剥夺犯罪人的生命为执行方式的刑罚,是刑罚体系中最严厉的处罚方法,适用错了无法补救。在实践中,司法机关和司法人员除了要对死刑案件的事实、证据情况进行最严格的认定外,还应当准确把握、运用案件的各种量刑情节,依据立法精神和刑事政策,保证死刑的准确适用。量刑情节分为法定情节和酌定情节,有学者分析了酌定情节与法定情节的关系,指出:酌定情节是基本量刑情节,它存在于任何具体案件中,对量刑起决定作用,在量刑中居主导地位;而法定情节是特别量刑情节,不具有普遍性,在量刑中居从属地位。^①因此,有必要对酌定情节在死刑案件中的适用进行研究、分析,以达到正确适用死刑的目的。

一、重视酌定情节对适用死刑的影响

(一)在死刑案件中酌定情节与法定情节的作用相当

1. 酌定情节与法定情节同样对死刑适用有重要影响

作为量刑情节来说,应该坚持法定情节与酌定情节没有孰主孰次、孰强孰弱的观念,酌定情节一旦被认定和运用,其效力就与法定情节无异,不能在考虑了法定情节后就忽视酌定情节。有时,酌定情节的影响力可能远远大于法定情节的影响力,因此更需要认真考量酌定情节对定罪和量刑的影响。

^① 赵秉志等编写:《全国刑法硕士论文荟萃》,中国人民公安大学出版社1989年版,第503~505页。

2. 量刑要综合考量法定、酌定情节

法定情节是法律明文规定的、必然对量刑结果产生影响的情节,因而,法定情节是明确的、具体的。但是,法定情节的明确、具体,并不等于法定情节完全是绝对的、僵化的。许多法定情节仍体现了相当大的灵活性,如何适用,需要司法者根据案件事实具体判断。如犯罪未遂,《刑法》规定的是可以从轻或减轻处罚。在这种情况下,究竟是从轻处罚还是减轻处罚,甚至不从宽处罚,就要求司法人员结合酌定情节进行具体考虑。

(二) 重视酌定情节在限制死刑问题上的作用

1. 酌定情节在死刑案件中普遍存在

酌定情节普遍存在于刑事案件中,我们在实践中需要进一步重视酌定情节在刑事司法中的地位和作用。在适用死刑案件中,对部分酌定情节,比如认罪态度好、在共同犯罪中的作用、被害人过错、赔偿并取得被害人家属谅解、手段残忍,等等,考量的程度和涉及的范围要远远大于法定情节,基于酌定情节而判处死刑缓期二年执行的比率要高于基于法定情节而判处死刑缓期二年执行的比率。而且,当案件中存在特定的酌定情节时,判处的刑罚也相对固定,这反映了当前某些酌定情节“法定化”的必然趋势。

2. 酌定从轻处罚情节为判处死刑缓期二年执行提供了依据

(1) 司法实践中的适用。酌定情节中包含被害人家属与被害人达成赔偿协议、被害人有过错、亲友协助抓捕同案犯或主动报案等体现犯罪人社会危害性小、人身危险性轻的酌定从轻处罚情节,如果某些死刑案件中出现了以上酌定从轻处罚情节,且没有其他法定或酌定从重情节,就要考虑是否需要判处死刑立即执行。因此,重视酌定从轻处罚情节在死刑案件中的作用,可以起到限制适用死刑立即执行的作用,是减少死刑立即执行案件数量的一条切实可行之路。建议在适当时机可以通过司法解释的形式对可能影响死刑适用的酌定情节加以确定,当某些酌定情节出现后,就要考

虑慎用或不适用死刑。

(2)重视酌定情节是维护社会稳定的需要。我国的司法实践极为重视酌定情节的适用。1999年10月27日最高人民法院颁布的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》规定:“对故意杀人犯罪是否判处死刑,不仅要看是否造成了被害人死亡结果,还要综合考虑案件的全部情况。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪,适用死刑立即执行一定要十分慎重,应当与发生在社会上的严重危害社会治安的故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任,或者被告人有法定从轻处罚情节的,一般不应判处死刑立即执行。”因此,重视酌定情节在控制死刑适用中的作用,理论上是有根据的,实践中是可行的。

二、判处死刑立即执行考量的酌定情节

(一)犯罪后果特别严重

在判处死刑立即执行的案件中,因为犯罪后果特别严重被判处死刑立即执行的最多,所以犯罪后果是死刑裁量的最重要情节。而对于犯罪后果,主要考虑被害人是否死亡以及死亡人数。单纯的侵财案件即使作案多起、数额巨大,但是没有造成被害人死亡结果发生的,较少判处死刑立即执行。例如,一起抢劫案件,首犯有重大立功情节,但因其抢劫多起,致两人死亡,犯罪后果特别严重,没有从轻处罚,被判处死刑立即执行。在另一起抢劫案件中,被告人抢劫41起,数额为19,000余元人民币,致一人轻微伤,因考虑没有造成严重后果而被判处死刑缓期二年执行。可见目前对于判处死刑立即执行,所考量的主要是犯罪后果,是否致一名或多名被害人死亡。

(二)犯罪情节极其恶劣

1. 犯罪手段

虽然在常见的死刑案件中,何种作案手段并不影响定性,却与

量刑有着密切的联系。不同的犯罪手段,往往体现一名行为人犯意是否坚决,主观恶性是否深,也直接反映了犯罪分子的人身危险性。在杀人案件中,有的行为人仅是一刀毙命,而有的行为人却对被害人的要害部位连捅数十刀,后者的行为就体现其积极追求被害人死亡结果发生,犯意坚决,那么其杀人手段就是考量判处死刑立即执行的重要因素。还有的行为人出于报复目的,对被害人实施活埋、反复殴打等残酷的凌虐手段致其死亡,也体现行为人不顾后果,决意杀人并制造社会恐慌的目的,此类行为可以作为判处死刑立即执行的重要因素。

2. 对被害人尸体的处理

有的案件中行为人作案后为了报复被害人、掩盖罪行,毁灭证据往往采取移尸、焚尸、分尸的方法,致使案发后无法找到被害人的尸体,或者因尸体被破坏、腐败严重无法鉴定死因,给破案制造困难,且会给被害人家属心理上带来更大的伤痛,也反映了行为人残忍、泯灭人性的心理状态,给社会秩序带来的破坏更为严重。在实践中,某省约有40%的杀人案件存在上述行为,为了安抚被害人家属的情绪,起到警示世人,减少犯罪的目的,在量刑时往往对此类案件从严处理,一般倾向于判处死刑立即执行。

(三)社会危害性大

1. 作案的时间、地点

相同性质、行为的犯罪发生在不同的时间、地点,不同的政治、经济和社会治安形势下,其社会危害性会有所不同。例如,在发生地震或水灾、火灾的情形下,乘人之危进行盗窃活动,尽管触犯的名罪不变,但社会危害性增大了,因而量刑时也应适当从重。在“严打”期间顶风作案,体现行为人藐视国家法律和司法机关,在量刑时也应适当从严。而在闹市杀人或公开抢劫,其带给社会公众的心理冲击是极其巨大的,会带来社会恐慌,严重侵害社会秩序,如果不严惩,将使群众感觉缺少保护,降低政府的威信,减少对

司法机关的信心。

2. 作案具有随机性和不特定性

作案随机性强,以报复社会为目的,犯罪对象不确定的案件,其社会危害性极大,应当从重处罚,一般此类案件受害者较多,社会影响恶劣,如果对被告人处以死刑立即执行可以起到安抚公众、恢复社会秩序的作用。例如,一个抢劫团伙,经常夜晚到偏僻的街道随机抢劫过往行人,每次抢劫后都殴打被害人,随着抢劫次数增加,发展为抢劫后杀人灭口,其中一起抢劫后将被害人活埋,名曰“练胆”。可见,随机作案给社会带来的危害性极大,线索少,难以侦破,从而助长罪犯的嚣张气焰,给社会带来更大的危害。

(四)主观恶性深,人身危险性极大

人身危险性极大是判处死刑的重要因素,一般是指主观恶性深、具有再次作案可能性的犯罪分子。行为人犯意坚决,积极追求被害人死亡结果的发生,有着不达目的誓不罢休的意志,此类案件均属于直接故意,其不会因为外界因素的干扰而放弃犯罪。一般经过谋划,作案前做了较为充分的准备,犯罪后果比较严重。

1. 主观恶性深

主观恶性是指犯罪分子欲实施犯罪行为破坏社会秩序的心理状态。一般认为以下情况属于主观恶性深:

(1) 经过预谋或者蓄意作案。一般来讲,蓄意或者预谋实施犯罪的主观恶性要大于激情犯罪的主观恶性;出于卑劣动机实施犯罪的,其主观恶性可能要大于非此类动机的犯罪。对于故意犯罪案件来说,不同的犯罪动机反映犯罪分子的主观恶性程度不同。“不同的杀人动机对是否构成故意杀人罪没有影响,但对量刑具有一定意义。”^①例如,同样是故意杀人案件,一个是出于贪财或报复的动机,一个是出于义愤或激愤,显然前者的主观恶性大于后

^① 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第676页。

者。相同条件下,对前者量刑重。犯罪动机是判断被告人是否具有极大的社会危害性的主要因素。

(2)犯意坚决,积极追求被害人死亡结果的发生。提议或纠集他人犯罪者,其主观恶性一般重于附合或参与犯罪的行为人;不达目的不罢休的犯罪人的主观恶性一般重于犯意不坚决者。例如,抢劫犯罪中的被告人仅因图财而连续作案,且每次均以杀人作为取财手段。先将出租车司机杀死抛尸后转卖出租车的,则可以视为动机卑劣、犯意坚决。

(3)累犯或者有前科劣迹,不具有改造价值。有的罪犯屡经改造仍不思悔改,出狱后继续实施暴力犯罪,甚至所犯罪行更严重,报复社会的心理更强,主观恶性增加。例如,被告人齐某与被害人龚某是相识多年的朋友,但是龚某曾数次让齐某请他喝酒、嫖娼,齐某认为被害人欺负他,为了报复,约被害人龚某喝酒,在酒后将龚某杀死,经查齐某曾因强奸罪被判处有期徒刑7年,释放后未滿5年又再次犯罪,属于累犯,考虑齐某蓄意杀人,具有累犯这一加重情节,而被害人龚某让多次让齐某付账的行为不能认定有过错,因此判处齐某死刑立即执行。

(4)到案后不知悔改,认罪态度不好,没有悔罪表现。有的罪犯到案后不知悔改,仍然狡辩、抵赖,妄图蒙混过关,可见其对自己的犯罪行为没有正确认识,主观上没有悔改意图。具有以上情节的我们一般认定行为人主观恶性深,没有挽救价值,属于可以考虑适用死刑立即执行的对象。

2. 人身危险性极大

人身危险性是指行为人给普通公众带来极大的恐慌和人身伤害,对秩序的破坏性极大。因此不处以死刑立即执行,对恢复秩序,安慰被害人及其亲属的心理不利,难以保护公众安全。“人身危险性极大”可归纳为以下几类:(1)作案手段残忍,后果为重伤或死亡。(2)作案随机性强,给公众带来极大恐慌,严重破坏

社会秩序。(3)犯罪人在犯罪后逃避惩罚的欲望十分强烈,再犯罪的可能性非常明显。例如,以暴力阻挠他人报案、抗拒抓捕、威胁证人、收买办案人员等。(4)犯罪人在诉讼过程中毫无认罪、悔罪之意,与司法机关对抗、抵触的情绪大。(5)犯罪人具有牢固的反社会意识,如累犯。此外,犯罪人的人格特点、所处社会环境、生活经历、实施犯罪的性质、犯罪手段、犯罪的主观恶性等因素,也是判断人身危险性的重要因素。这并非意味着具备以上全部条件才能认定为人身危险性特别大,而是要综合进行评价。

(五)共同犯罪中起主要作用

1. 主犯和主要实施者

共同犯罪案件对于不同作用的行为人要严格区别,做到量刑适当,罚当其罪。在实践中,一般对致死行为的实施者从重处罚,就是对于作用相当且不区分主从的情况也要以同案犯个人在实施犯罪行为时所起的作用来认定。如果犯罪集团的犯罪行为致多人死亡或有其他罪行需要判处死刑,那么一般考虑对组织者、发起者,或在其他共同犯罪中起最主要作用者判处死刑立即执行。

2. 主要致死行为的实施者

在多人共同致死一人的案件中,根据现在宽严相济的刑事政策,参照等值报应的理论,为了减少死刑的适用,一般没有特殊的情节只判处一名被告人死刑,一般要对共同犯罪中的主谋、主要行为实施者、致死行为实施者判处死刑立即执行。例如,在共同抢劫犯罪中,即使各行为人的行为性质相当,也要区分犯意提起者、致死行为实施者、积极参与者等方面,以其主观恶性和在犯罪中所起的作用进行区分。并不是必须将首要分子处死,而是择其最恶者惩处,如致死行为的实施者。

(六)社会影响恶劣,被害人家属反映强烈

1. 社会影响恶劣、民愤极大

一般对社会影响恶劣、民愤极大的案件都是从严处理。例如,

有的案件中,被害人为有良好社会形象的公众人物或英模,社会负面影响巨大;或者当地治安情况良好,突发一件暴力案件给当地的群众造成极大的心理冲击;或者作案手段残忍,被害人为孕妇、儿童等引起极大民愤的案件。对于这些案件均要加大处罚力度,起到警示和惩戒的作用,量刑既要考虑法律效果,又要注重社会效果。但是对于舆论和民意也要考虑其取向是否正确,有的群众不了解案件事实真相,被不负责任的言论误导,盲目愤慨,那么,一定要保持清醒和冷静的头脑,要敢于顶住来自各方面的压力,依法秉公判案,绝不能屈服于违背法律 and 政策的民愤,而牺牲法律的公正性和司法的独立性。只有这样,才能使所办的死刑案件成为经得起历史考验的铁案,才能杜绝冤杀无辜的悲剧发生,也才能真正体现人民法官对生命负责、对人民负责的精神。^①

2. 被害人家属强烈要求判处被告人死刑

有的案件被害人家属放弃民事赔偿请求,积极主张判处被告人死刑立即执行,那么对于这种被害人家属主张明确,有强烈上访倾向,处理不好会影响社会稳定、和谐的案件,则在量刑时要重点考虑是否有明确的自首、重大立功等法定从轻、减轻情节,如果没有上述情节,倾向于判处死刑立即执行。

(七)同时具有多个从重量刑情节或者犯有数罪

1. 同时具有多个从重量刑情节

对于有多个从重情节的可以判处死刑的案件,一般没有重大立功和自首情节的案件要考虑适用死刑立即执行。刑罚要体现其打击犯罪,维护社会秩序,安抚公众情绪,保护受害者的必要作用。

^① 胡云腾:“反酷刑与限制死刑”,载夏勇、莫顿·凯依若姆、毕小青、秦莉主编:《如何根除酷刑——中国与丹麦酷刑问题合作研究》,社会科学文献出版社2003年版,第417页。

2. 犯有数罪

犯有数罪的案件中,如果有一个罪名可以判处死刑,那么即使其他罪名不能判处死刑,那么对于此类案件数罪并罚也要判处死刑,因为数罪可以体现其主观恶性较深,难以改造,属于罪行“极其严重”,应予立即执行的案件。因此对于此类案件如果没有其他法定或者酌定明确可以从轻、减轻处罚的情节,一般倾向于判处死刑立即执行。

三、判处死刑缓期二年执行考量的酌定情节

死刑缓期二年执行的正确适用需要以少杀、慎杀思想为指导,坚持严格限制死刑的政策。当不需要以死刑立即执行来体现刑罚正义的同时又可以满足维护社会秩序的功利需要,适用死刑立即执行的现实紧迫性降低,则可以适用死刑缓期二年执行。“不是必须立即执行”是适用死刑缓期二年执行的实质条件,也是适用死刑缓期二年执行与适用死刑立即执行的区别所在。“人们有理由厌恶、憎恨杀人犯,这是健康正直的社会心理,但是杀人犯的生命始终应当受到尊重。”^①死刑主要体现刑罚的报应性,而死刑立即执行体现了刑罚的现实紧迫性。因此,只有死刑缓期二年执行必须具备了一定的条件才有发动的可能,主要考虑适用死刑缓期二年执行是否符合社会正义和社会秩序的功利需要。

(一)被害人有明显过错或对案件的引发有一定责任

被害人的过错和责任对引发犯罪、激化矛盾、推动案件发展有重要作用的,一般适用死刑的比例较低。因此,被害人的行为是否能够认定为重大过错,是一个现实而又棘手的问题,这也直接决定对被告人的量刑,笔者认为被害人对于案件发生的责任存在以下几种情形:

1. 被害人先实施危害行为,引起被告人的反抗,导致杀人行为

^① 曲新久:“推动废除死刑:刑法学者的责任”,载《法学》2003年第4期。

的发生

案发前被害人有辱骂、攻击被告人的行为,被告人因气愤而杀人,在这种情形下,正是先前过激或不理智行为引发后致的加害行为,从而致使被害人死亡。被害人的先行行为如果达到严重过错的程度,又没有其他从重处罚情节,可以考虑判处死刑缓期二年执行。一般来说,以下情况可以认为是被害人有严重过错:(1)具有防卫情节的,但是没有达到正当防卫程度的。(2)被害人的先行行为对被告人造成了人身伤害。(3)欺骗感情和金钱不构成犯罪,但是严重违反道德和公序良俗。(4)欺压、虐待行为超出了常人能够承受的程度。

2. 激情杀人

激情,是行为人因受强烈刺激而产生的情绪,是一种难以控制的激动不安的心理感受,如盛怒、恐惧或极度绝望。行为人在激情产生之前是无过错的,激情可能是由于被害人的严重过错引起的。行为人在激情的支配下,当场将被害人杀死。激情杀人的行为人只有在激情已经产生,尚未消退之时实施的行为才是激情杀人行为,如果激情已经冷却,则属于事后报复行为,具体的可从人们的认知、情感及意识等方面加以判断。这种行为属于主观恶性较轻的故意杀人行为,其杀人是一种有因的行为,即针对的是特定对象,被害人自身存在严重过错,因而在司法实践中应作为酌定情节予以考虑。引起行为人产生激情的常见情形:(1)通奸。对于一般人而言,这是道德的底线,一旦这个道德底线被践踏,当事人有理由愤怒,而被害人一方则要承担其过错所带来的恶果。(2)对亲人的伤害。被告人的亲近的人或亲属受到暴力攻击,例如,被害人殴打被告人的幼子的行为,被害人又因此同被告人争吵,结果被告人激怒杀死了被害人。(3)被告人听到足以使人产生激情的言辞。这里的言辞是指带有刺激性信息的,非单纯的侮辱或咒骂,因为当正常人见到信息所反映的事实时都会产生盛怒等激情。