知，但赃物没有马上销出，在销售过程中行为人发现是赃物，尔后仍继续销售，这种情况就是不法行为和不法状态都处于继续之中，故应认定行为人具有销赃罪的故意。

三、“顾文”认为销赃罪“实际上是一种居间介绍的行为”。居间介绍是指销赃人处于本犯与最后买得赃物的人之间，充当中介作用，转手倒卖赃物，当然不包括明知是赃物而收买自用的行为。我认为“代为销售”赃物不是狭义的，它包括明知是赃物而帮助售与他人的行为（含居间介绍），也包括明知是赃物而收买自用的行为。因为明知是赃物而收买自用与明知是赃物而接受犯罪分子赠与的行为，与明知是赃物而转手倒卖的行为，其主观上都是明知，犯罪客体都是妨害司法机关侦查审判犯罪分子的活动，因此，它们之间并不存在质的区别。既然后二种行为构成窝赃罪、销赃罪，为什么明知是赃物而收买自用就不构成销赃罪呢？这当然说不通。因此，“顾文”也认为：“对那些经常、大量地收买赃物的，即以销赃罪论处”。明知是赃物而收买自用并不是居间介绍行为，如果说这种行为也可构成销赃罪，那就不能说销赃罪完全是种居间介绍行为。居间介绍只是销赃罪的一种表现形式，而不是所有的形式。当然，收买赃物自用与代为销售的其它形式还是有区别的，但只是量的区别、情节轻重的区别。因此，明知是赃物而收买自用数量少，价值小的，可不以销赃罪定罪处罚，而次数多，数量大，价值高的，还是应以销赃罪定罪处罚。

（作者单位：湖南衡阳铁路运输检察院）

责任编辑：肖　岚

·商榷与争鸣·

死刑复核与二审程序合并适用合法

张含光　王清华

死刑复核程序应否暂时由二审程序代替的问题，《法学研究》1986年第三、六期发表了两种截然相反的观点：一种观点认为，死刑复核程序和二审程序，在目前可以“合二而一”（见第三期肖胜喜文）；另一种观点认为，死刑复核程序和二审程序合并，是违法的，是对死刑复核程序的取消（见第六期孙华朴文）。读了这两种观点的文章，觉得都言之有理，论之有据。前一种观点是从当前最高法院授权高级法院核准部分死刑案件，使高级法院在同一死刑案件上既是二审又是复核审机关的实际情况讲的，不无道理。后一种观点是从我国刑事诉讼法规定死刑复核程序和二审程序各自的特定内容和作用上讲的。这种立论也无可厚非。我们认为，前一种意见似乎更切合实际。

为什么说切合实际呢？主要有两点：（一）部分死刑核准权没有下放高级法院行使前，根据我国人民法院组织法和刑事诉讼法规定，死刑立即执行案件一律由最高人民法院判决或者核准。即最高法院在收到各地高级法院报请核准的死刑立即执行案件后，由审判员三人组

成复核审合议庭，进行审查，确定是否核准，报请院审判委员会讨论决定。报请核准的高级法院和行使核准权的最高法院，分别是两级法院。为了较好地适应国家政治形势的需要，及时地严惩罪大恶极的犯罪分子，最高人民法院根据人民法院组织法的规定，作出了关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定，指出：在当前严厉打击刑事犯罪活动期间，为了及时严惩严重危害公共安全和社会治安的罪大恶极的刑事犯罪分子，除由最高人民法院判决的死刑案件外，各地对反革命案件和贪污等严重经济犯罪案件（包括受贿案件、走私案件、投机倒把案件、贩毒案件、盗运珍贵文物出口案件）判决死刑的，仍应由高级人民法院复核同意后，报最高人民法院核准；对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院依法授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院、解放军军事法院和铁路运输高级法院行使。由于部分死刑案件的核准权由最高法院下放高级法院，这就使高级法院在已下放这部分案件的二审程序和死刑复核程序统一到一个法院了。在这种情况下，同是一个高级法院要将二审程序与死刑复核程序分开进行，那就是先就二审案件组成合议庭，按二审程序审结后，再组成死刑复核审合议庭，对二审裁决进行审查核准。这样做就涉及到下面的实际情况。

（二）在我国，是实行人民法院独立行使审判权的，也就是我们不是实行合议庭独立审判，更不是实行审判员独立审判。这是我国宪法明文规定的一个重要原则。这个原则意味着每一个案件的裁决，不仅要以人民法院的名义宣告，更重要的要由人民法院审判委员会对以它名义宣告的裁判进行讨论决定；没有审判委员会的讨论决定，是违背人民法院独立审判原则的。也就是说，上述二审合议庭的裁判，必须报请院审判委员会讨论决定；在决定判处死刑立即执行时，才谈得上组成死刑复核审合议庭，按死刑复核程序进行核准。这里又有两个问题：第一、同一个高级法院的复核审合议庭，要复核经本院审判委员会讨论决定的死刑案件，业务能力能否胜任呢？对此，我们可以假设其业务能力是能够胜任的，而不去论它。第二、由本院审判员三人组成复核审合仪庭，去行使经本院审委会讨论决定的裁判的核准权，其法律依据又是什么？持“高级法院对自己判处死刑的判决、裁定必须按照死刑复核程序进行复核”观点的同志，可能回答：法律依据不就是刑事诉讼法对死刑复核程序的规定嘛，即由“院长（或庭长）根据刑诉法第147条规定，指定审判员三人组成合议庭”进行（见孙文）。那末，我们看看刑事诉讼法的规定，是否提供这样做的法律依据。刑事诉讼法对死刑复核案共规定了两种：由最高人民法院核准的，和由高级法院核准的（仅指由中级法院判处死刑缓期二年执行的案件）。这两种复核案件都不是本院判决、裁定，又由本院复核的死刑案件，（最高法院一审、二审判处死刑的判决，就是发生法律效力的裁判，无须再进行复核），都是由下级法院报请核准的。可见，刑事诉讼法关于死刑复核程序的规定，没有也不可能提供由本院判处死刑的案件，又由本院组成复核合议庭进行复核的法律依据。

没有对本院已判处死刑的判决、裁定进行复核的诉讼法依据，倒是有将死刑复核程序由二审程序代替的具有法律效力的立法解释。1981年6月10日，全国人大常委会法制委员会副主任王汉斌同志关于三个有关法律的决议、决定（草案）的说明中指出：“对犯有杀人、抢劫、强奸、爆炸、放火、投毒、决水和破坏交通、电力等设备的罪行需要判处死刑的，仍由省、自治区、直辖市高级人民法院判决或者核准。”这里讲的高级法院“判决或者核准”是什么意思呢？我们认为，判决，就是指高级法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，和判处死刑的第二审判决。核准，就是指由中级法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉

的，必须由中级法院报请高级法院核准，和由中级法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级法院核准。“判决或者核准”这一用语，是说对于上述案件，高级法院可以适用判决，也可以适用核准，在一个具体案件上，二者必居其一。既然适用判决是可以的，就无须再组成复核合议庭进行审查核准。我们认为这就是高级法院将二审程序代替或者与死刑复核程序合并具有法律效力的依据。如果说高级法院在判决之外，还必须经过死刑复核程序，王汉斌同志就不会说“判决或者核准”，理应说“判决和核准”。在司法实践中，高级法院判处死刑的第二审案件，都在判决书或者裁定书结论部分专门另行写明：根据最高人民法院依法授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定，本判决或裁定即为核准死刑的判决或裁定。这就具备了复核的手续，是十分必要的。

孙文在解释最高法院依法授权高级法院核准部分死刑案件的意思时说：“高级人民法院行使的权利（应为力）不是自己的，而是最高人民法院的。最高人民法院按照什么样的程序复核，高级人民法院也应按照什么样的程序复核”。我们认为，这是作者对最高人民法院下放授权意图的分析和猜测，不一定准确。再说，最高法院既然将部分死刑案件的核准权，授予高级法院行使，那末，就应该说高级法院在最高法院授权期间和授权的死刑案件上，就享有核准的权力，再不能说最高法院在它已经授予的死刑案件上，还拥有核准的权力。要是按照孙文所说的那样，势必在同一批案件上出现两个权力主体。这无论在法理上或逻辑上都是说不通的。至于说高级法院按最高法院的程序复核的问题，如上所说，最高法院的复核程序，是指下级法院报请复核的死刑案件，对高级法院自己判处的死刑案件，用不上也不必用最高法院的复核程序。而且按照立法机关的有权解释，无须在二审判决之外，再适用死刑复核程序。

孙文看来，在目前情况下，将高级法院的二审程序代替死刑复核程序，是对死刑复核程序的取消。我们认为不存在取消问题。这不过是新情况下的暂时措施。也就是说，最高法院一旦收回其对高级法院的授权，二审程序与死刑复核程序“合二而一”的情况，就不复存在了。如果将此种情况说成是对死刑复核程序的取消，那也是立法机关根据新的政治形势，以立法解释所作的变通，这是代表全国人民意志和利益的职权行为，每一个司法工作人员和法学工作者，都应服从。

（作者单位：青海师范大学、青海民族学院）

责任编辑：苏尚智

《法学杂志》征订启事

《法学杂志》是北京市法学会主办的综合性的法学刊物。它自1980年7月创刊以来，一直恪守“普及为主，兼顾提高”的编辑方针，从我国法学界的实际情况和广大读者的需要出发，开展学术交流，兼及宣传法律基本知识，雅俗共赏，深受国内外读者欢迎。

《法学杂志》设有“法学专论”、“学术争鸣”、“法制史话”、“外国法制”、“司法实践”、“调查研究”、“法庭内外”、“专访”、“青年论坛”、“随笔杂谈”、“法律咨询”、“群言堂”等栏目。

欲订者请到当地邮局办理订阅手续。本刊系双月刊，每期定价0.55元，全年3.30元。