

# 死刑适用规范化实证研究

——以 126 份故意杀人罪死刑判决书为样本

查国防

(中原工学院 法学院, 郑州 450007)

**摘要:**根据《刑法》规定,死刑的只适用标准是“罪行极其严重”,但在死刑的具体适用上包括死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑三种方式<sup>①</sup>。虽然司法解释、会议纪要、相关文件及领导讲话对死刑适用标准做出相对具体的规定,但是这些规定依然模棱两可,致使死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑适用规则不明,标准不一,存在恣意性。根据对 126 份样本的分析,在司法实践中,区分这三种死刑方式的主要依据是犯罪手段的残忍程度、犯罪结果的严重程度、罪后被告方赔偿及被害方谅解情况。但也存在一些问题,主要是判断罪行极其严重的标准不一,自首立功等法定量刑情节虚置化,赔偿谅解酌定量刑情节法定化,致使量刑失衡。基于此,提出以犯罪原因、犯罪手段、犯罪结果为基石,以赔偿谅解、人身危险性为调节的综合性死刑适用方法,实现死刑适用规范化。

**关键词:**刑事处罚;死刑;犯罪要件;司法公正

**中图分类号:**D924.13 **文章标识码:**A **文章编号:**1006-6152(2016)01-0041-09

**DOI:** 10.16388/j.cnki.cn42-1843/c.2016.01.005

作为社会治理范畴的法律活动,不像自然活动那样可以证真或者证伪并获得唯一确定性结论为人们所接受,也正是如此,审判实践中做出人们都接受的判决,实现公正裁判极其困难但弥足珍贵。为了严格控制死刑立即执行的适用,并实现死刑立即执行与死刑缓期执行之间的衔接、运行协调,《刑法修正案(八)》在取消走私文物罪、票据诈骗罪、盗窃罪等 13 种罪名死刑的同时,规定对因故意杀人、抢劫、绑架等 9 种情况判处死刑缓期执行的犯罪分子可以决定对其限制减刑,进而在立法上改变“死刑过重、生刑过轻,生死两重天”的死刑结构。那么,《刑法修正案(八)》实施以来,死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑之间关系是否协调、运行是否顺畅、区分标准是否明确?基于此,以某省三地中级法院 2011 年 5 月至 2013 年 5 月审结的 126 件因故意杀人罪判处死刑的法律文书为样本,通过实证研究,归纳梳理死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑的适用情况、存在问题,并提出实现死刑适用规范化的路径。

## 一、死刑适用中的显性特征

法官在死刑裁量时,选择何种死刑执行方式能够实现裁量正义,其依据是什么。进言之,法官面对不同的诉求,做出的裁决能否经得起公正的考量。根据对 126 件因故意杀人罪被判处死刑的法律文书的分析,法官选择死刑适用方式主要基于三种情形:一是犯罪人实施犯罪行为前的人格状况,行为人的—贯表现,是否有前科,是否是累犯;二是犯罪人实施犯罪的目的动机、主观心态、行为手段、危害结果以及被害人状况等;三是实施犯罪后犯罪人的人身危险性,认罪悔罪、自首、立功、赔偿谅解等。这三种情形决定对被告人是适用死刑立即执行、死缓限制减刑,还是适用死缓未限制减刑。

### (一)犯罪原因与死刑适用方式选择的关系

任何犯罪都是有原因的。根据样本分析,如表一,因犯故意杀人罪判处被告人死刑人数 126 人,其中判处死刑立即执行的 58 人,占 46%,判处死缓未限制减刑的 36 人,占 28.6%,判处死缓限制减刑的 32 人,占 25.4%。在样本中,故意杀人案件的犯罪

收稿日期:2015-05-04

本刊网址·在线期刊: <http://qks.jhun.edu.cn/jhxs>

作者简介:查国防,男,河南郟县人,中原工学院法学院讲师,博士。

原因概括起来共有婚姻家庭纠纷(包括核心家庭及堂兄弟、祖父母旁系血亲)、恋爱纠纷(包括婚外情)、邻里琐事纠纷(邻居和责任田纠纷)、民间琐事纠纷(饮酒、赌博)、民间经济纠纷(生意交往、借贷及合伙间经济纠纷)、谋财害命(抢劫后杀人灭口,数罪但以故意杀人罪判处死刑)、强奸杀人(强奸后杀人灭口,数罪但以故意杀人罪判处死刑)及寻衅滋事杀人、报复杀人等9种情况,其中因婚姻家庭纠纷和恋爱纠纷引起的故意杀人案件频率较高,分别占23%和20.6%,二者共占样本总数的43.6%。

横向分析:具体犯罪原因自变量与死刑适用因变量的关联度存在较大差异。在犯罪原因自变量中,因强奸杀人判处死刑立即执行的相关度是66.7%,判处死缓限制减刑的相关度是20%,判处死缓未限制减刑的相关度是13.3%;因琐事纠纷杀人判处死刑立即执行的相关度是55.6%,判处死缓限制减刑和判处死缓未限制减刑的相关度均为22.2%;因婚姻家庭纠纷、恋爱纠纷、邻里纠纷判处死刑立即执行的相关度分别是41.4%、42.3%和47.1%,判处死缓限制减刑的相关度分别是24.1%、26.9%和29.4%,判处死缓未限制减刑的相关度分别是34.5%、30.8%和

23.5%;因谋财害命、经济纠纷判处死刑立即执行的相关度分别是40%和28.6%,判处死缓限制减刑的相关度分别是20%和42.9%,判处死缓未限制减刑的相关度分别是40%和28.6%。纵向分析:在犯罪原因中,因婚姻家庭纠纷、恋爱纠纷判处死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑的比例均最高,因经济纠纷判处死刑立即执行比例最低,占样本数58人的3.4%;因报复杀人判处死缓限制减刑的比例最低,占样本数32人的3.1%;因强奸杀人判处死缓未限制减刑的比例低,占样本数36人的5.6%。

(二)犯罪行为手段与死刑适用方式选择的关系

根据样本分析,法院对被告人犯罪手段的评价有犯罪手段残忍、犯罪手段特别残忍、犯罪手段极其残忍三种,但哪种情形是犯罪手段残忍、哪种情形是犯罪手段特别残忍、极其残忍,并未进一步表述并进行区分。根据判决书中认定的犯罪事实与证据,通过对犯罪手段残忍的类型化,主要有机械性窒息死亡(主要是掐死、扼死、捂死)、数次打击休克性死亡、单次打击休克性死亡、肢解尸体、毁尸灭尸四种。根据人伦及常识,犯罪手段的残忍程度被界定为四个层级,处于第一层级的犯罪手段是杀人

表一 故意杀人案件犯罪原因自变量与死刑适用方式相关性分析 单位:人

犯罪原因变量	被告人		死刑立即执行			死缓限制减刑			死缓未限制减刑		
	绝对数	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比
邻里纠纷	17	13.5	8	47.1	13.8	5	29.4	15.6	4	23.5	11.1
寻衅滋事	7	5.6	3	42.9	5.2	2	28.6	6.3	2	28.6	5.6
婚姻家庭	29	23	12	41.4	20.6	7	24.1	21.9	10	34.5	27.8
谋财害命	10	7.9	4	40	6.9	2	20	6.3	4	40	11.1
琐事纠纷	9	7.1	5	55.6	8.6	2	22.2	6.3	2	22.2	5.6
因奸杀人	15	11.9	10	66.7	17.2	3	20	9.4	2	13.3	5.6
恋爱纠纷	26	20.6	11	42.3	19	7	26.9	21.9	8	30.8	22.2
经济纠纷	7	5.6	2	28.6	3.4	3	42.9	9.4	2	28.6	5.6
报复杀人	6	4.8	3	50	5.2	1	16.7	3.1	2	33.3	5.6
合计	126	100	58	46	100	32	25.4	100	36	28.6	100

表二 故意杀人犯罪行为手段自变量与死刑适用方式相关性分析 单位:人

犯罪行为手段自变量	被告人		死刑立即执行			死缓限制减刑			死缓未限制减刑		
	绝对数	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比
机械性窒息死亡	41	32.4	11	26.8	19	13	31.7	40.6	17	41.5	47.2
数次打击休克死亡	38	30.2	22	57.9	37.9	10	26.3	31.3	6	15.8	16.7
单次打击休克死亡	24	19.1	4	16.7	6.9	7	29.2	21.9	13	54.2	36.1
肢解尸体	7	5.6	7	100	12.1	0	0	0	0	0	0
毁尸灭尸掩埋尸体	16	12.7	14	87.5	24.1	2	16.7	6.3	0	0	0
合计	126	100	58	46	100	32	25.4	100	36	28.6	100

后又“肢解尸体”,处于第二层级的犯罪手段是杀人后“毁尸灭尸掩埋尸体”,第三层级是实施犯罪行为是借助刀、枪等工具数次打击致使休克性死亡(或脑损伤死亡)或实施单次打击休克性死亡(脑损伤死亡),第四层级是实施犯罪行为并非借助工具打击致使机械性窒息死亡。

据此,对犯罪手段残忍与否以及残忍的程度,可概括为机械性窒息死亡、数次打击休克性死亡、单次打击休克性死亡、肢解尸体、毁尸灭尸掩埋尸体四种具体评价因子,如表二。横向分析,在犯罪手段自变量中,肢解尸体、毁尸灭尸掩埋尸体与死刑立即执行的关联度最高,分别是100%和87.5%;数次打击休克性死亡与死刑立即执行的关联度是57.9%,也就是说,这三种行为方式应当是犯罪手段极其残忍,被告人被判处死刑立即执行的概率极高。机械性窒息死亡与死缓未限制减刑的关联度是41.5%;单次打击休克性死亡与死缓未限制减刑的关联度是54.2%,单次打击休克性死亡与机械性窒息死亡应当是犯罪手段残忍,此类被告人判处死缓未限制减刑的概率较高。纵向分析,判处死刑立即执行最多的是数次打击休克性死亡,占37.9%;判处死缓限制减刑和死缓未限制减刑最多的是机械性窒息死亡,分别占40.6%和47.2%;判处死缓限制减刑和死缓未限制减刑最少的是肢解尸体和毁尸灭尸掩埋尸体。

### (三)犯罪结果与死刑适用方式选择的关系

犯罪结果是衡量和评价社会危害性大小的重要方面。在死刑判决主文部分,通常对被告人犯罪行为所造成的后果给予“社会危害性极大或后果极其严重”的总结性评价。通过对犯罪结果的类型化分析,在因故意杀人罪而被判处死刑的案件中,被告人至少致一人死亡,如表三。在126件样本中,主要存在单纯致一人死亡、致一人死亡且造成他人(一人或多人)轻伤(含轻微伤)、致一人死亡且造成

他人(一人或多人)重伤、单纯致二人及以上死亡、致二人及以上死亡且造成他人(一人或多人)轻伤(含轻微伤)、致二人及以上死亡且造成他人(一人或多人)重伤六种情况。致一人死亡(含附随伤害结果)的116人,占92%;致二人及以上死亡的10人(含附随伤害结果),占8%,事实上,在故意杀人案件中依然体现了“一命抵一命”的司法惯习。横向分析,致二人及以上死亡的均被判处死刑立即执行,致一人死亡且附随重伤结果的,判处死刑立即执行的12人,占92.3%;致一人死亡且附随轻伤结果的,判处死刑立即执行的14人,占70%;单纯一人死亡的判处死缓未限制减刑的比例较高,占42.2%。也就是说,在故意杀人罪中,造成二人及以上死亡的,法官都选择死刑立即执行作为死刑适用方式。在单纯致一人死亡、致一人死亡且轻伤他人、致一人死亡且重伤他人这三种自变量中,“致一人死亡且重伤他人”与死刑立即执行关联度高;“单纯致一人死亡”与死缓未限制减刑的关联度较高,而且选择适用死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑的概率呈递增趋势;“致死1人且轻伤他人”与死刑立即执行关联度较高,且与死刑立即执行、死缓限制减刑、死缓未限制减刑的关联度呈递减趋势。

### (四)量刑情节与死刑适用方式选择的关系

在司法实践中,量刑情节是如何影响甚至决定死刑适用方式的?根据对样本的归纳梳理,判决书中体现被告人人身危险性的自变量主要有认罪悔罪、累犯(含法院曾作出有罪判决的被告人)、自首、立功、主犯、限制行为能力、被害人过错、被告方主动赔偿、被害方谅解等,其中,累犯、自首、立功及主犯是法定的量刑情节,认罪悔罪、赔偿谅解、被害人过错是酌定量刑情节。另外,根据被告人具有量刑情节的多少,又分为单一量刑情节和复合量刑情

表三 故意杀人犯罪结果自变量与死刑适用方式相关性分析 单位:人

犯罪结果自变量	被告人		死刑立即执行			死缓限制减刑			死缓未限制减刑		
	绝对数	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比	绝对数	关联度	纵百分比
单纯致死1人	83	65.9	22	26.5	37.9	26	31.3	81.3	35	42.2	97.2
致死1人且轻伤他人	20	15.9	14	70	24.1	5	25	15.6	1	5	2.8
致死1人且重伤他人	13	10.3	12	92.3	20.7	1	7.7	3.1	0	0	0
致死2人及以上	6	4.8	6	100	10.3	0	0	0	0	0	0
致死2人及以上且轻伤他人	3	2.4	3	100	5.2	0	0	0	0	0	0
致死2人及以上且重伤他人	1	0.8	1	100	1.7	0	0	0	0	0	0
合计	126	100	58	46	100	32	25.4	100	36	28.6	100

节,如表四。在样本中,具有认罪悔罪的被告人占 100%,也就是说,法官在选择死刑适用方式时该情节已失去参照意义。对于选择死刑适用方式具有决定性作用的自变量主要是累犯、自首、立功、主犯、限制行为能力、被告方主动赔偿及被害方谅解、被害人过错等。根据样本分析,具有量刑情节的有 85 人,占 67.5%。其中具有单一量刑情节 70 人,占 55.6%;具有复合量刑情节 15 人,占 11.9%。在单一量刑情节中,与选择死刑适用方式关联度最高的是主犯、被告方赔偿被害方谅解和限制行为能力;在复合量刑情节中,包含有被告方赔偿被害方谅解自变量的量刑情节与选择死刑适用方式的关联度高。具有被告方赔偿被害方谅解、限制行为能力量刑情节的被告人,一般不判处死刑立即执行;没有其他量刑情节的共同犯罪主犯,一般判处死刑立即执行。也就是说,自首、立功、累犯、被害人过错等量刑情节,对选择死刑适用方式的影响不显著;或者说是否具有这些量刑情节,对判处死刑立即执行、判处死缓限制减刑、还是判处死缓未限制减刑区分度不大。

## 二、死刑适用方式选择中的问题反思

### (一)死刑适用方式构成要件要素失调

刑法规定的死刑适用总标准是“罪行极其严

重”,何谓“罪行极其严重”必须根据犯罪案件这一本体进行认知、判断、权衡,犯罪案件囊括了犯罪构成要件各个要素及反映犯罪发生原因的犯罪学因素。首先是犯罪原因,犯罪原因体现了犯罪发生的诱因,并在一定程度上能够体现被害人在犯罪生成中的作用,或者说是被害人的过错及其过错程度;其次是犯罪手段,犯罪手段体现了犯罪人实施犯罪的暴力性程度,犯罪手段是否违背人伦,并在一定程度上能够反映出犯罪人的主观恶性;三是犯罪结果,犯罪结果体现了犯罪人实施犯罪行为所造成的社会危害性,对社会秩序造成的混乱程度。

#### 1. 是否限制减刑,犯罪原因的区分功能失效

犯罪产生的原因多种多样,能够在不同程度上体现犯罪人的犯罪动机、主观恶性及其人身危险性的同时,也从另一侧面反映出被害人在犯罪中的地位作用,反映出被害人的过错程度。那么,在死刑案件中,犯罪原因作为选择何种死刑适用方式的重要依据,是由犯罪生成机理和规范性刑法法律文件共同决定的。具体而言,犯罪原因可以分两类:一类是单纯由于犯罪人自身原因诱发的犯罪,在此情况下,要么是无被害人犯罪,如贩卖毒品罪,要么是被害人无过错犯罪;另一类则是犯罪的产生是由犯罪人与被害人互动产生的,其共同诱发犯罪的产生。在此种情况下,就存在犯罪人与被害人过错责

表四 量刑情节自变量与死刑适用方式的相关性分析 单位:人

量刑情节自变量	被告人数	死刑立即执行		死缓限制减刑		死缓未限制减刑		
		绝对数	关联度	绝对数	关联度	绝对数	关联度	
认罪悔罪	126	58	46	32	25.4	36	28.6	
单一 自变量	累犯	12	5	41.7	5	41.7	2	16.6
	自首	7	3	42.9	1	14.3	3	42.9
	立功	5	2	40	1	20	2	40
	主犯	4	4	100	0	0	0	0
	被害人过错	21	5	23.8	9	42.9	7	33.3
	赔偿谅解	17	0	0	3	17.6	14	82.4
	限制行为能力	4	0	0	0	0	4	100
	小计	70	19	27.1	19	27.1	32	45.8
	自首+立功+被害人过错	2	1	50	1	50	0	0
	自首+被害人过错	3	2	66.7	1	33.3	0	0
复合 自变量	累犯+立功+被害人过错	2	2	100	0	0	0	0
	主犯+立功	2	2	100	0	0	0	0
	自首+被害人过错+赔偿谅解	1	0	0	0	0	1	100
	主犯+赔偿谅解	2	0	0	1	50	1	50
	累犯+主犯+赔偿谅解	3	0	0	1	33.3	2	66.7
小计	15	7	46.6	4	26.7	4	26.7	
合计	85	26	30.6	23	27.1	36	42.4	

任的划分问题。最高人民法院1999年发布《会议纪要》明确将犯罪原因作为死刑适用方式的重要依据之一,此处的犯罪原因主要体现在犯罪人与被害人之间的互动关系上。即被害方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任,一般不应判处死刑立即执行。换言之,不宜适用死刑立即执行的犯罪原因包括被害方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任。该纪要的实施,明确了对因恋爱、婚姻家庭、邻里纠纷引起的故意杀人、故意伤害案件,犯罪人原则上可不判处死刑立即执行,也就是说,在故意杀人、故意伤害犯罪案件中,犯罪原因要素对是生还是死发挥决定性作用。但是,随着死缓限制减刑的实施,对于因邻里矛盾、婚姻家庭纠纷引起的故意杀人、故意伤害犯罪的被告人是否限制减刑,犯罪原因因素的决定功能失效。在审判实践中,具有相同的犯罪原因,符合《会议纪要》所规定的不应判处死刑立即执行条件。那么,在不判处死刑立即执行的情况下,是判处死缓限制还是判处死缓未限制减刑,犯罪原因的功能失效。

## 2. 选择生还是死,犯罪手段的残忍程度失范

什么是手段?手段就是置于有目的的对象性活动的主体和客体之间的一切中介运作性因素的总和,是实现目的的工具、方法、措施。它包括精神性手段因素(知识、情感、意志等要素),物质性手段因素(肢体性、工具性等要素),统筹性手段因素(实施方案、方法步骤、分工协作、组织管理等要素)。以上三个方面的因素是互为前提,互为中介,缺一不可<sup>[1]</sup>。事实上,在社会实践中,不仅物可作为手段,作为实践主体的人也显然具有工具性而成为手段。手段本身无所谓好坏,若手段与犯罪结合,则为否定性价值评判。犯罪手段,应是沟通犯罪人与被害人之间的桥梁和媒介,是犯罪人之所以犯罪、被害人之所以被害的“介质”,这一“介质”既包含犯罪人的情感、意志等内化性主观因素,也包含犯罪人肢体性、工具性等外化性客观因素。如在暴力性犯罪中,犯罪人实施的肢体性暴力与犯罪人借助工具实施的暴力,所体现出的犯罪人主观恶性、对社会危害性就存在差异。很显然,前者反映出的主观恶性与社会危害性较弱,后者体现出的主观恶性和社会危害性则强。换言之,犯罪手段的实施情况在一定程度上体现了犯罪人的主观恶性及其社会危害性。因此,在死刑案件中,犯罪手段的残忍程度对死刑适用方式的选择具有决定性作用。

从刑事立法规范看,犯罪手段是否特别残忍是决定适用死刑的决定性因素。如《刑法》第49条规定,审判的时候已满75周岁的人不适用死刑,但“以特别残忍手段致人死亡”除外;《刑法》第234条规定,对于故意伤害罪而言,适用死刑的条件之一是“以特别残忍手段”致人重伤、造成严重残疾。也就是说,犯罪手段残忍的程度是法官判处犯罪人死刑的重要依据之一。从审判实践看,在判决书主文,犯罪手段的残忍性也是作为适用死刑及死刑方式的重要理由。在诸多死刑判决理由中,“犯罪手段残忍、犯罪手段特别残忍、犯罪手段极其残忍”等是最为常见的判决理由。从法理角度看,犯罪手段残忍是一个以社会一般观念为判断基准的规范性术语,其重点不仅是针对具体的被害人,而且也是对善良风俗的严重违反和对人类恻隐心的极端挑战。犯罪手段残忍侧重的不是对法益侵害程度和后果的判断,而是着眼于对一种善论风尚和伦理观念的违反。犯罪手段残忍并不必然造成更大的危害结果,但是却足以反映出与一般犯罪手段相比,该手段本身的反伦理、反道德更加严重<sup>[2]</sup>。事实上,犯罪手段的残忍程度决定着法官选择何种死刑适用方式。那么,什么情况下是犯罪手段残忍、什么情况下是犯罪手段特别残忍、什么情况下是犯罪手段极其残忍?它们与死刑适用方式之间的关联性如何。也就是说,犯罪手段的残忍达到何种程度判处死刑立即执行,什么样的残忍程度能够使罪犯保住生命,在对犯罪手段残忍程度的认知上存在较大的差异。

## 3. 惯习以命抵命,犯罪结果的严重程度失衡

结果,在哲学范畴中是与原因相对应的。原因和结果是反映运动过程中前后相继的事物之间的相互依存、制约关系的一对哲学范畴。当我们把前后相继的两个事物或现象从世界的普遍联系中分离出来,孤立地研究它们之间相互制约和相互依存的关系时,把产生或引起某一事物的现象叫做原因,而把在制约关系中产生或引起的另一些事物或现象称为结果<sup>[3]</sup>。哲学范畴的结果其存在范围及表现形式没有任何限制,可以是有形的也可以是无形的。无论何种形态的结果,都应当具有客观性、相对确定性、与原因的同一性。就刑事学科而言,犯罪结果是“果”犯罪行为是“因”。任何犯罪结果都有相应的犯罪行为,都有相应的刑法规定性,而且是已经固化的客观存在。毫无疑问,犯罪结果是

准确评价犯罪社会危害性的重要基石,是犯罪人承担责任的重要依据。但是,唯犯罪结果责任论的刑罚观念,不考虑犯罪人的主观心态等附随犯罪产生的要素。尤其是在死刑案件中,“以命抵命、杀人偿命”是典型的结果归责,是犯罪结果责任论最具典型性的代表,这种结果责任论的缺陷众所周知。根据对样本的分析,在死刑判决书中,对犯罪结果的表述存在四种形态,分别是“后果严重”、“后果特别严重”、“后果极其严重”、未对犯罪结果进行评述。在判决书中,犯罪结果均是致一人死亡,但评价后果严重性的有三种,相对的死刑适用方式也存在错乱,反映出不同法官对犯罪结果背后所隐含的犯罪事实未能准确表述。

## (二)量刑情节调节功能运行不畅

量刑情节,顾名思义就是一切与犯罪人、犯罪事实有关的,并据此对犯罪人确定刑种、量刑幅度、宣告刑的元素。从量刑情节所体现的内容看,有从重处罚、从轻处罚、减轻处罚、免除处罚。不同的划分标准,有不同的情节类型。如根据情节的表现形式,可分为显性情节(法律文法所认可的,能够在判决书中体现的法定、酌定情节)和隐性情节(未被法律文法所认可,在判决书中无法体现,但又确实对量刑起作用的因素,如领导干预、信访、民意、身份地位等案件社会结构因素);根据刑法是否明文规定,可分法定情节和酌定情节;根据法官裁量权限,分为应当型情节和可以型情节;根据量刑正当化事由不同,可分为责任量刑情节(量刑的正当化的根据源于报应论,是犯罪人实施的已然、与犯罪事实构成要素密切相关的元素)和预防量刑情节(量刑的正当化的根据源于预防论,与犯罪人人身危险性或者实施的未然犯罪的可能性密切相关的元素)。<sup>[4]73</sup>

### 1. 泛化抑或限缩:情节边界之模糊

事实上,从整体上说,犯罪事件发生后,围绕犯罪人之“犯罪事实”所衍生出的一切因素,主要对量刑产生影响,都可称之为“量刑情节”,只不过该种“量刑情节”中一些因素并未为法律规范所认可,甚至为法律规范所排斥或禁止。因此,全部量刑情节应该包括两种:一是显性的量刑情节,即为法律明确规定影响量刑的法定和酌定情节,该类情节为刑法规范及其相应的司法解释、会议纪要、批复、领导讲话所确定;二是隐性的量刑情节,指还没有为法律所明文规定的量刑情节,该种情节又分两类,一

类是法律规范虽未规定,但也未排斥或禁止,是一种用与不用皆可的“放任或漠视”,如信访、民意、媒体炒作;另一类则是法律规范明确禁止的,如领导干预、人情关系等。因此,在死刑适用方式选择过程中,不同区域、不同时期、不同法官,甚至同一法官对不同的案件,量刑情节内容存在较大差异,如有的法院、法官将“信访、民意、媒体炒作”作为量刑情节,泛化了量刑情节,有的法院、法官恪守显性量刑情节甚至仅依据法定情节,严重限缩量刑情节。泛化也好限缩也罢,从判决文书上看都是“合法”的,但是这种模糊不清的量刑情节之边界使死刑适用方式的选择远离了公正。

### 2. 责任抑或预防:情节功能之混乱

所谓责任型情节,主要是犯罪行为手段、犯罪对象、犯罪危害结果、社会危险程度、犯罪动机、目的、原因、犯罪时间、地点等等,诸如此类在犯罪过程中体现的犯罪情节。所谓预防型情节,主要是犯罪人犯罪前、犯罪后的表现形式作为影响量刑的情节,犯罪人罪前品行良好还是素有劣迹、是否累犯、有无前科;犯罪后自首还是畏罪潜逃、是主动坦白还是嫁祸于人、是积极退赃还是隐匿赃物、是积极赔偿取得谅解还是不思悔改扬言报复,诸如此类体现犯罪人主体危险程度的罪前或罪后情节因素<sup>[4]74</sup>。众所周知,法定情节与酌定情节的分类是以《刑法》有无明文规定为标准,法定情节包括《刑法》总则规定的情节和分则规定的情节,如常见的法定情节有累犯、自首、立功、坦白、预备、未遂、主犯从犯等;酌定情节,虽然不是《刑法》明文规定的情节,但对量刑仍然起着重要影响作用,常见的酌定情节有犯罪手段、对象、时空环境、结果、目的动机及罪后态度、一贯表现、前科、经济赔偿、被害方谅解等。由此可以看出,责任型情节多属于酌定情节,预防型情节多属于法定情节。法定情节中有责任型情节也有预防型情节,酌定情节中有责任型情节也有预防型情节;换言之,责任型情节中有法定情节也有酌定情节,预防型情节中有法定情节也有酌定情节。

责任型情节是量刑之基石,预防型情节是对“基石”的“修正与打磨”。因此,法定情节与酌定情节之区分名不副实,而且在审判实践中,法定情节累犯、自首、立功等,对死刑方式的选择影响较小,也就是说,不因被告人是累犯就由死缓改为死刑立即执行,也不因被告人是自首、立功就由死刑立即执行改为死缓,法定情节的“法定”地位在死刑案件

中岌岌可危;酌定情节特别是被告人赔偿、被害方谅解之“酌定”亦非酌情适用,而是必须在量刑上适用。根据对样本的分析,具有从轻情节(自首、立功、被害人过错)的被告人,在选择死刑适用方式方面未能够起到限制死刑适用的作用,从重情节(累犯)也未能很好发挥从重的作用。自首、立功、累犯等法定量刑情节在死刑案件中被虚置化,被告方赔偿被害方谅解等酌定量刑情节在死刑适用中法定化,正如前文所述被告方赔偿被害方谅解一定程度上决定死刑适用方式。

### 3. 可以抑或应当:情节裁量之随意

刑法中“可以”的内容决定了法官的裁量余地,如“有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚”。这表明法官能够在减轻处罚和免除处罚之间进行选择裁量。因此,对于“可以”的准确理解分两个方面:其一,“可以”表明既可以这样做,也可以那样做,但倾向于可以“这样做”;其二,“可以”与“也”搭配,则表明倾向于“不这样做”,如“附加刑也可以独立适用”这表明,附加刑就其性质而言,属于附属于主刑而获得适用,原则上不单独适用,此为“附加刑”的本意,但附加刑“也可以”独立适用,既表明立法者倾向于不单独适用,又表明能够单独适用,至于是否实现单独适用则由法官裁量<sup>[5]</sup>。但是,死刑适用方式中的“可以”应当理解为“应当”。如《刑法》第48条规定:“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。”这里的“可以”,结合刑法典的上下文及我国的刑事政策,只能理解为“应当”。因为既然不是必须立即执行的,再根据“可杀可不杀,不杀”及严格控制死刑的刑事政策,就不应当杀掉,应当判处死刑缓期二年执行。如果法官以自由裁量为名,将不是必须立即执行的犯罪人判处死刑并立即执行,则是不应当的。应当型情节和可以型情节,虽然不是《刑法》明文规定的情节分类,但对量刑仍然起着重要影响作用。对应当型情节之理解执行不存在争议,但对可以型情节的理解适用存在极大的偏差。如在死刑适用方式选择过程中,酌定情节有犯罪手段、对象、时空环境、结果、目的动机及罪后态度、一贯表现、前科、经济赔偿、被害方谅解等,其是作为应当型情节还是可以型情节,不仅影响刑期长短,而且还影响犯罪人之生死。法定应当型情节、法定可以型情节,酌定应当型情节、酌定可以型情节<sup>[6]</sup>

适用之随意已经成为影响司法公正的重要因素之一。

## 三、实现死刑适用规范化的路径

### (一)准确分配刑事责任

正如社会学家所指出的:“我们每个人总是被卷入到社会互动之中,在这种互动过程中,人们以相互的或交换的方式对别人采取行动,或对别人的行动作出回应。社会互动以这样或那样的形式,构成了人类存在的主要部分。在社会互动过程中存在许多形式,主要有交换、合作、冲突、竞争和强制,这些形式常常是以不同的方式结合在一起。”<sup>[7]</sup>事实上,任何社会现象的生成尤其是犯罪的产生,不是孤立个体作用的结果,而是蕴含着不同个体之间、个体与社会之间多元交互作用的结果。对于个体而言,如果脱离其所生活的社会共同体,就使得人们不必对好与坏、对与错进行道德上的评判。人类在两个“领域”之间实现平衡,一个是个人领域,一个是社会领域,只有参考了这两个领域,才能充分地解释任何人的行为,亦即“行为的双重控制”<sup>[8]</sup>。因此,应当在社会共同体自变量与个体自变量之间合理分配刑事责任。就故意杀人罪而言,被告人的成长环境、家庭状况、一贯表现及犯罪原因,蕴含着社会共同体的错位或缺失。由社会共同体承担相应责任的主要原因是宏观方面的社会化失灵和微观层面的个体间矛盾冲突,无论是社会化失灵抑或个体冲突,刑事责任均不应由被告人独自承担,尤其是在因邻里、婚姻家庭、恋爱、经济等纠纷引起的故意杀人案件中,邻里社区、家庭婚姻及经济交往是人类生活中最基础的社会关系,在基础性社会关系中发生严重的故意剥夺他人生命的案件,社会共同体及被害个体或多或少存在一定的责任。通常情况下,在故意杀人案件中存在基本犯罪事实和超基本犯罪事实之分。基本犯罪事实是指被告人实施最基本的杀人行为、造成一人死亡;超基本犯罪事实则指实施了杀人行为后又有衍生行为(如肢解尸体、毁尸灭尸)、造成一人以上死亡(又附加造成轻伤、重伤)。对于基本犯罪事实的案件则应当排除“杀人偿命”,对于超犯罪事实的案件才存在杀人偿命的可能性,这是确定适用死刑立即执行、死缓限制减刑还是死缓未限制减刑的基本准则。

## (二)通过分析犯罪原因规范死刑适用

根据犯罪原因可以判断被告人的人身危险性 & 被害人的过错程度,准确界定被告人的刑事责任,恰当选定死刑适用方式。在故意杀人案件中,因为夫妻家庭纠纷、恋爱纠纷、邻里纠纷等引起的案件占 60%,而在这些案件中被告人与被害人之间的矛盾是长期积累起来的,不是一朝一夕形成的,在矛盾冲突中被害人具有过错。而且最高人民法院在《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中明确规定:对于婚姻家庭、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其他故意杀人案件有所区别。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。2006 年 11 月,最高人民法院在召开的第五次刑事审判工作会议上,明确要求:对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件,因被害方的过错行为引起的案件,案发后真诚悔罪并积极赔偿被害人损失的案件,应慎用死刑立即执行<sup>②</sup>。据此,对因家庭纠纷、邻里纠纷、恋爱纠纷引发的故意杀人犯罪,被害人对矛盾激化、双方冲突负有责任、有明显过错的,一般不应判处死刑执行。当然,根据《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》精神,构成基础性犯罪事实的不应判处死刑立即执行,对超基础性犯罪事实的被告人才有选择死刑立即执行的余地。如果被告人以极其残忍手段杀害他人,如在婚姻家庭纠纷引起的杀人犯罪中,被告人肢解、焚烧、毁灭尸体的,即使被害人有过错也应当判处死刑执行。因此,对因家庭纠纷、邻里纠纷、恋爱纠纷引起的故意杀人犯罪,存在三种选择死刑适用原则,即以对被告人不适用死刑立即执行为原则,以适用死缓限制减刑为原则,如果有从轻量刑情节,则以死缓为原则。

## (三)通过界定犯罪手段规范死刑适用

犯罪手段是犯罪行为的外化,是犯罪行为的具体体现。犯罪行为的认定要借助犯罪手段才能全面准确把握。因此,在某种程度上犯罪手段是确定某种行为是否构成犯罪、构成什么犯罪的重要依据,同时也是准确进行刑罚裁量的依据。特别是在故意杀人、故意伤害、抢劫等暴力犯罪中,犯罪手段是被告人主观恶性的外化,是构成犯罪的核心评判要素,因此其理应成为量刑的要素,并决定对行为

人死刑适用方式的选择。在故意杀人罪犯罪中,手段行为方式,实施侵害次数,对选择死刑适用方式具有重要影响。根据对故意杀人罪样本分析,一般情况下主要存在三种行为方式:第一种是实施一次杀害行为就杀害被害人,也即“一刀”毙命;第二种是连续故意实施数个杀害行为杀害被害人,也即“数刀”夺命;第三种是实施杀害行为并已致死被害人后,肢解、毁尸、灭尸。这三种行为方式从不同侧面体现了被告人行为社会危害性和主观恶性的大小。因此,在选择死刑适用方式上,应对这三种不同的行为方式选择不同的死刑方式,对于第一种行为方式,以选择适用死缓为原则;对于第二种行为方式应当以选择适用死缓限制减刑为原则;对于第三种行为即使其具有法定的从轻处罚事由,也应当以选择死刑立即执行为原则。

## (四)通过梳理犯罪结果规范死刑适用

在司法实践中,犯罪结果是最直接、最现实地反映了行为人行为的社会危害性,是当事人、司法人员、普通民众能够实实在在地切身感受到的。犯罪结果体现了行为人罪行的轻重,对刑罚裁量具有重要的影响。如果犯罪结果较小,社会危害不大,一般可以从轻处罚;如果犯罪结果严重,社会危害大,影响恶劣,一般应当从重处罚。在故意杀人案件中,犯罪结果是犯罪行为对犯罪对象造成的直接后果,即非法剥夺他人生命。由于传统的“杀人偿命”观念根深蒂固,犯罪结果也是影响选择死刑适用方式的重要因素之一。因此,在选择死刑适用方式时要依据被告人所造成的犯罪结果,是致人重伤还是致人死亡,是杀害一人还是杀害多人,不同的结果反映了被告人不同的行为危害性、主观恶性及其人身危险性。在故意杀人案件中,如果是故意杀死二人以上的,则应当选择适用死刑执行,即使其具有从轻情节也不足以影响死刑执行的适用;如果故意杀死一人且具有从轻情节的应当判处死缓,没有从轻情节的则应当判处死缓限制减刑。也就是说,致一人死亡的结果是死刑适用的基准状态;是选择死刑执行、死缓限制减刑还是死缓未限制减刑,应当根据整个犯罪过程综合判断,在没有任何从轻从重情节的情况下,应当以选择适用死缓限制减刑为原则。

## (五)通过评估量刑情节规范死刑适用

量刑情节是反映犯罪人人身危险性和行为社会危害性程度的各种主客观情状。在实际生活中,



量刑情节往往是比较多的,凡是出现在案件之中,与犯罪行为或者犯罪人有关,能够表明犯罪行为危害程度,能够影响刑事责任程度的所有事实,只要不属于犯罪构成要件,都属于量刑情节的范围。任何犯罪都具有情节,但是有些情节并不为法律规范认可,不能成为死刑适用的调节器。在司法实践中,所体现出的量刑情节有累犯、前科及认罪悔罪、自首、坦白、立功、积极主动赔偿并取得被害方谅解等。量刑情节有从重处罚、从轻处罚、减轻处罚、免除处罚。目前,《刑法》所规定的量刑情节有两类,法定情节和酌定情节;法定量刑情节是刑法明文规定在量刑时应当予以考虑的情节;酌定量刑情节是刑法未明文规定,根据立法精神与刑事政策,由法院从审判经验中总结出来的,在量刑时应当灵活掌握酌情适用的情况。这主要包括犯罪的动机、犯罪的手段、犯罪结果、犯罪对象、犯罪分子的一贯表现、犯罪后的态度、前科等。那么,如何发挥量刑情节在选择死刑适用时的调节功能,应当首先对量刑情节进行定位,即量刑情节是辅助、从属于犯罪构成要素的,对于犯罪手段残忍、后果极其严重的犯罪,即使其具有法定、酌定从轻情节也不足以影响死刑执行的适用;对于犯罪手段一般、后果一般的案件,具有量刑情节与不具有量刑情节,在选择死刑适用方式时应有所差别,此时的量刑情节影响甚至决定死刑适用方式。

#### 四、结语

在中国语境中,死刑适用方式选择,是一个内涵极其丰富、外延相当广阔的过程,既是法律性问题也是社会性问题,既是法律实践也是法治实践<sup>⑤</sup>。量刑是一项系统工程,是技术含量高的社会性、智识性活动,而死刑适用方式选择则是整个量刑系统的“明珠”。因此,对依法应判处死刑的案件,选择何种死刑适用方式,受犯罪人的犯罪原因、犯罪手段、犯罪结果、犯罪情节及人身危险性等显性因素影响。这些影响性因素在死刑适用方式选择中的作用有大有小,有的起决定性作用,即使是同样因素在不同案件中的作用也是不一样的。具体而言,通过法律规范文本解读领悟死刑适用的价值基础、

价值取向,准确理解立法意蕴;通过裁判文书所表征的显性因素,检视死刑适用方式选择规律性特征,透视审判场域内权力的多面孔及其运行轨迹,做到死刑适用规范化,实现同案同判,切实让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

#### 注释:

- ① 根据《刑法》50条第二款规定,限制减刑是死刑缓期执行的法律后果,是一种新的刑罚制度。从逻辑关系上死刑包括死刑立即执行和死刑缓期执行两种制度,而死刑缓期执行制度又包括限制减刑和未限制减刑两种制度。为行文方便而且不产生歧义,本文将死刑制度统一表述为死刑立即执行、死缓未限制减刑、死缓限制减刑。
- ② 参见周刚、毛洁:《如何把握婚姻家庭矛盾引发故意杀人案件死刑的适用——最高人民法院裁定杨克群故意杀人案》,载(2007)刑五复01754824号。
- ③ 事实上,法律实践是法治实践的一部分,它包含于法治实践之中。除了法律实践,法治实践还包括政治实践、经济实践、伦理道德实践、文化实践、社会治理实践等等。但法律实践始终是法治实践最坚实的基础和最重要的支撑。参见姚建宗:《中国语境中的法律实践概念》,载《中国社会科学》,2014年第6期,第161页。

#### 参考文献:

- [1] 陶富源. 目的和手段的哲学定位[J]. 哲学世界, 1998(2): 78.
- [2] 车浩. 从李昌奎案看邻里纠纷与手段残忍的含义[J]. 法学, 2011(8): 42.
- [3] 李洁. 犯罪结果论[M]. 长春: 吉林大学出版社, 1994: 43.
- [4] 王瑞君. 责任主义主导量刑情节适用之提倡——兼与《人民法院量刑指导意见(试行)》比较[J]. 政法论丛, 2013(2).
- [5] 马凤春. 刑法中的“可以”与“应当”[J]. 大庆师范学院学报, 2009(5): 39.
- [6] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 503-507.
- [7] 戴维·波普诺. 社会学[M]. 李强, 等, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 129, 144.
- [8] 艾伦·诺里. 刑罚、责任与正义[M]. 杨丹, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 256.

责任编辑: 刘伊念

(Email: lynsy@jhun.edu.cn)