

死刑适用的规范论标准

冯 军*

内容提要 刑事法官只有掌握并且运用规范论的立场来适用死刑,才能消弭我国目前在死刑适用上遇到的困境和产生的乱象。“罪行极其严重”是指行为人的犯罪行为及其造成的危害后果在违法性和有责性上都极其严重,要根据刑法分则中配置死刑的条文所描述的罪状,参照刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所描述的罪状,综合判断行为人的犯罪行为是否属于“罪行极其严重”;要从《刑法》第50条第1款关于死刑缓期执行期间执行死刑的规定中推导出“不是必须立即执行”的条件,即,如果应当被判处死刑的犯罪分子确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,对他就“不是必须立即执行”死刑;但是,如果行为人在犯下某一应当判处死刑的极其严重的罪行之后,又犯下另一情节恶劣的故意犯罪的,对他就“必须立即执行”死刑。

关键词 死刑适用标准 规范论 罪行极其严重

近年来,我国的死刑立法已经取得了很大的成就,死刑适用也已经获得了可喜的进展,但是,通过人们针对药家鑫案、李昌奎案以及贾敬龙案的死刑判决所进行的撕裂性论战表明,死刑判决引起广泛争议的症结在于缺乏一种被明确解释出来的可普遍接受的具有规范根据的死刑适用标准。^①如果我们要在法治中国正确地适用死刑,就必须在确定死刑的适用标准上坚持规范论的立场,让死刑判决完全符合刑法的规定。不从刑法的规定出发,或者根据对刑法规定进行的缺乏规范联系的纯“个人理解”,^②而不判处死刑立即执行或者大量判处死刑缓期执行,就会把死刑适用变成私人欲念的表达,就会

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员。本文系2012年教育部人文社会科学重点研究基地项目(项目编号:12JJD820002)的阶段性成果。笔者曾经就本文的主要内容在南昌大学法学院、东南大学法学院和四川师范大学法学院作过学术报告,感谢以上法学院的师生在讨论中给予的教导。

① 参见夏勇《死刑立即执行与死刑缓期执行之界限》载《法治研究》2015年第1期。

② 当李昌奎案的死缓判决引起社会舆论的诘难时,云南省高级人民法院的副院长田成有先生回答说:“有错必纠是法院遵守的原则,但是问题是我们错在哪里?我们程序没错、实体没错,依靠法律政策没错,要错可能是我们的观念上理解不一样而已”。参见廉颖婷《药家鑫死了,李昌奎为什么活着》载《法治周末》2011年7月14日第4版。然而,“我们的观念上理解不一样”到底意味着什么?如果“我们的观念上理解”之所以“不一样”,就是因为“我们的观念上理解”缺乏规范联系,是一种纯粹的“个人理解”,那么,就很难说“我们程序没错、实体没错,依靠法律政策没错”。

背离法治的要求,从而导致死刑判决难以获得正当性,并由此引发人们对死刑适用的普遍怀疑甚或否定。本文力图从规范论的立场出发,运用刑法教义学的方法,通过对刑法规定进行体系化的解释,提出明确的死刑适用标准,为我国司法机关作出统一的死刑判决提供刑法教义学的帮助。

一、死刑适用的规范论基础

在法治国家里,刑事法官的定罪量刑活动应该完全按照法律的规定来进行,使定罪量刑活动的结论成为事先能够预测、事后可以检验的,否则,就会是没有法律根据的任意司法。我国的死刑适用状况表明,某些刑事法官在以非规范的因素为根据而适用死刑,引起了不良的后果。^③ 刑事法官只有掌握并且运用规范论的立场来适用死刑,才能消弭我国目前在死刑适用上遇到的困境和产生的乱象。

首先,在死刑适用中,应当严格区分立法论和解释论,要严格根据刑法规定的条件适用死刑。我国《刑法》总则第33条把死刑明确规定为主刑之一,刑法分则也明确规定可以对46种罪名适用死刑。在我国刑法存在关于适用死刑的明确规定的前提下,如果我国的刑事法官仅仅从废除死刑的个人理想、国际潮流或者公众舆论出发,不判处死刑(所谓废除死刑的司法化),那就不是在解释和适用刑法关于死刑的规定,而是企图自己进行关于死刑的立法。只有当刑事法官针对具体案件作出或者不作出死刑判决的理由是该具体案件中存在或者不存在刑法总则和刑法分则中所规定的死刑适用条件时,才能说刑事法官坚持了规范论的立场。因此,是否要针对具体案件作出或者不作出死刑判决,唯一能够让人信服的理由就是该具体案件中存在或者不存在刑法总则和刑法分则中所规定的死刑适用条件。当然,如果针对具体案件作出的是适用死刑的判决,就必须存在刑法总则和刑法分则中所规定的死刑适用的全部条件;如果针对具体案件作出的是不适用死刑的判决,就仅仅需要存在刑法总则和刑法分则中所规定的不适用死刑的某一条件。但是,总是有学者从超规范的立场出发,根据刑法总则和刑法分则规定之外的东西,提出适用或者不适用死刑的标准。例如,有学者主张,要对双亲健在、自己尚未生育的独生子女免除死刑立即执行的适用,^④即使该独生子女犯下“罪行极其严重”的故意杀人罪,并且不具有不适用死刑的法定条件。尽管这种我国历史上早已有之的“存留养亲”观念^⑤可能是一个从立法上废除死刑的理由,^⑥但是,无论如何,不能根据这

^③ 参见张心向《死刑案件裁判中非刑法规范因素考量》,载《中外法学》2012年第5期。

^④ 参见朱苏力《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》,载《法学》2011年第6期。

^⑤ 存留养亲,在北魏被作为一种制度正式确定下来,《魏志·法例律》记载“诸犯死罪,若祖父母、父母年七十以上,无成人子孙,旁无期亲者,具状上请。流者鞭笞,留其养亲,终则从流,不在原赦之例”。参见沈家本《历代刑法考》张全民点校,中国检察出版社2003年版,第38页。

^⑥ 在已经建立了最低生活保障制度的现代社会,“存留养亲”观念不再是一个从立法上废除死刑的很好理由。

种理由现在就对这种独生子女不适用死刑立即执行,因为这样做完全不符合我国现行刑法的规定^⑦。

其次,需要明确的是,关于死刑的适用条件,必须进行符合规范体系的诠释。法律是一个自治的体系,既不能用超法律的东西来否定法律,也不能用部分法律条文的规定使法律系统片面化。根据我国《刑法》第48条的规定,死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子,但是这并不是说对罪行极其严重的犯罪分子就一定要适用死刑,必须结合《刑法》第49条等的规定来理解死刑的适用条件。《刑法》第49条规定“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。审判的时候已满七十五周岁的人,不适用死刑,但以特别残忍手段致人死亡的除外。”因此,对犯罪时不满十八周岁的人和审判时怀孕的妇女以及审判时已满七十五周岁并且未以特别残忍手段致人死亡的人,即使其罪行极其严重,也不能适用死刑。

问题是,在不具有从轻处罚情节或者减轻处罚情节的通常情形中,除了上述三种人之外,对罪行极其严重的其他犯罪分子是否要一律适用死刑?例如,对触犯了我国刑法的死刑规定并且不符合上述三种情形之一的外国人,在外国政府进行外交交涉,希望我国的刑事法官不对其适用死刑时,我国担任审判的刑事法官能否不判处其死刑?笔者认为,《刑法》第49条的规定属于硬性规定,它对罪行极其严重的犯罪分子例外不适用死刑的情形进行了列举式限定。对死刑这一最严重的刑罚,如果立法者在明确规定了适用条件之后又作出例外规定,那么,不适用死刑的情形就仅仅限于例外规定中所指明的事项。也就是说,立法者没有在不适用死刑上赋予刑事法官过大的总则性自由裁量权。因此,对触犯了我国刑法死刑规定的外国人,如果不属于《刑法》第49条规定的三种情形之一,即使外国政府为了使我国担任审判的刑事法官不对其适用死刑而进行了外交交涉,我国担任审判的刑事法官也不能自己作出不判处其死刑的决定,相反,应当作出适用死刑的判决。但是,在执行这种死刑判决就会损害我国外交上的重大利益时,应当启动赦免程序,根据《宪法》第67条第17项的规定,由全国人民代表大会常务委员会作出“特赦”的决定,并根据《宪法》第80条的规定,由国家主席颁发对该外国人不执行死刑的命令。

二、关于“罪行极其严重”

根据我国《刑法》第48条的规定,“罪行极其严重”是适用死刑的积极条件。应当从规范论的立场出发,阐明“罪行极其严重”的具体内容。

(一) 应当如何理解“罪行极其严重”中的“罪行”

^⑦ 关于反对不对这种独生子女适用死刑立即执行的理由,参见邱兴隆《就独生子女免死对苏力教授说不》,载《法学》2011年第10期。

关于“罪行极其严重”中的“罪行”的含义,我国某些刑法学者的看法值得商榷。一种完全无视刑法修改的见解认为,“罪行极其严重”中的“罪行”是指犯罪行为、后果以及犯罪分子的主观恶性和人身危险性。持这种见解的学者认为,“罪行极其严重也就是俗语所说的罪大恶极,其含义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,是人们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、极端蔑视法制秩序和社会基本准则等,是人们对犯罪人的一种主观心理评价。作为死刑适用对象,应当是罪大与恶极同时具备,只有其一不能适用死刑。”^⑧众所周知,1979年《刑法》第43条规定的是“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”,1997年《刑法》第48条将其修改为“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。关于“罪大恶极”的含义,有学者抽象理解为“对国家和人民的利益危害特别严重和情节特别恶劣”。^⑨但是,后来有学者具体理解为“犯罪行为及其后果极其严重,给社会造成的损失特别巨大”,“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、极端蔑视法制秩序和社会基本准则等”。^⑩如果说把1979年刑法中规定的“罪大恶极”解释为“犯罪行为及其后果极其严重,给社会造成的损失特别巨大”、“犯罪分子的主观恶性和人身危险性特别大”还具有合理性的话,那么在1997年《刑法》第48条将“罪大恶极”修改为“罪行极其严重”之后,仍然把“罪行极其严重”的内容解释为“罪大恶极”的内容,则存在规范论上的弊病。把“罪行极其严重”等同于“罪大恶极”就完全不能说明,为什么新刑法会在死刑的适用条件上作出明显不同于旧刑法的表述;更不能说明,为什么新刑法应该用另一种表述来替代一种内容上意思完全相同但是形式上更通俗易懂的表述,而刑法表述的通俗化本来就是判断刑法规定的明确化的标准之一。

另一种不顾刑法体系性的见解认为,“罪行极其严重”中的“罪行”是指犯罪行为的客观危害。持这种见解的学者认为,“罪行极其严重”是对“罪大恶极”的实质改变,“罪大恶极”与“罪行极其严重”的内涵具有显著区别,“罪大恶极”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,“罪行极其严重”则只是强调客观上的犯罪行为极其危害社会的后果这一个方面。这种见解认为,1997年《刑法》第48条将“罪行极其严重”规定为死刑的适用条件是有“严重缺陷”的,因此,要对“罪行极其严重”作扩大解释,即解释为“包括行为的客观危害及行为人的主观恶性与人身危险性

⑧ 陈兴良《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第138-139页。

⑨ 高铭喧主编《刑法学》,法律出版社1982年版,第234页。

⑩ 胡云腾《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第213页。

两个方面”。^①而作出这种理解的根据,是“仅仅语言逻辑规则”。^②把“罪行极其严重”仅仅理解为“客观上的犯罪行为极其危害社会的后果”、“行为的客观危害”,笔者认为,这是不顾刑法体系性的任意解释。只要从刑法的体系性规定出发,就不可能得出“罪行”仅仅是“行为的客观危害”这一结论。根据《刑法》第14条关于“故意犯罪”、第15条关于“过失犯罪”和第16条关于“不可抗力与意外事件”的规定,不具有主观恶性的客观危害根本不是“罪行”。从《刑法》第5条“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”这一规定中,也完全不可能得出“罪行”仅仅是“行为的客观危害”的结论,因为罪行本身的轻重是由犯罪的违法性与有责性决定的。在《刑法》第113条第1款关于危害国家安全罪的规定中也使用了“罪行”一语,^③如果认为“罪行”是指犯罪行为的客观危害,那么,所有的危害国家安全罪就会缺乏主观要件,这决不会是一种可以接受的结论。而且,扩大解释只不过是扩大词语的核心含义,通过扩大解释所得出的结论仍然处于词语的边缘含义之内。既然可以通过扩大解释得出“罪行极其严重”“包括行为的客观危害及行为人的主观恶性与人身危险性两个方面”这一结论,就没有理由说“罪行极其严重”仅仅是指客观上的犯罪行为极其危害社会的后果。但是,在今天,仍然有学者认为,“罪行极其严重”“应当仅指客观上所引起的危害结果,即行为人所犯罪行客观上对国家和人民的利益危害特别严重、情节特别恶劣,但不包括行为人的主观恶性和人身危险性的内容在内。”^④认为“罪行”是不包括行为人的主观恶性在内的纯客观的东西,这种观点在今天正在受到批判。夏勇教授指出,“罪行”包括客观危害和主观恶性。只有把“罪行”即犯罪事实理解为主客观因素相结合的事实,才符合我国刑法的规定、理论和实践^⑤。

笔者认为,“罪行极其严重”中的“罪行”是指具有违法性和有责性的行为及其结果。“罪行极其严重”是指行为人的犯罪行为及其造成的危害后果在违法性和有责性上都极其严重。在人们还不习惯用三阶层犯罪理论来解释刑法规定时,人们也可以认为,“罪行极其严重”是指犯罪行为的客观危害和行为人的主观恶性都极其严重。高铭暄教授正确地指出,“罪行极其严重”应当理解为犯罪性质和犯罪情节极其严重,而且犯罪分子的主观恶性也极其严重。^⑥有学者认为,“罪行极其严重”是指犯罪性质特别严重,犯罪行为的后果给国家和人民的利益造成的危害特别严重,犯罪人的主观恶性很深、人身

① 参见赵秉志《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第33-35页。

② 参见前引①,赵秉志书,第315页。

③ 《刑法》第113条第1款规定“本章上述危害国家安全罪行中,除第一百零三条第二款、第一百零五条、第一百零七条、第一百零九条外,对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的,可以判处死刑”。

④ 黎宏《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第344页。

⑤ 参见前引①,夏勇文。

⑥ 参见高铭暄《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第225-226页。

危险性特别严重。^{①⑦}但是,人身危险性是指再犯可能性,可从被告人有无前科、平时表现及悔罪情况等方面综合判断。^{①⑧}人身危险性仅仅是一种未来犯罪的可能性,尚不是已经实施的罪行。虽然人身危险性与刑事责任有关,例如,能够决定刑罚的执行方式,但是,它不属于“罪行”的内容,不影响作出是否判处死刑的决定。1997年刑法的表述十分明确,死刑适用的依据是客观危害和主观恶性,不包括人身危险性。^{①⑨}一个客观危害和主观恶性都极其严重的犯罪行为,就是“极其严重的罪行”,在一个具有通常情形的案件中,就应当适用死刑。如果行为人犯下“极其严重的罪行”,却在犯罪中造成了自己再犯可能性的丧失,例如,在故意炸死了多人的犯罪活动中也炸掉了犯罪人自己的手脚,那么,仍然应该对其适用死刑。《刑法》第49条第2款关于“审判的时候已满七十五周岁的人,不适用死刑,但以特别残忍手段致人死亡的除外”的规定也表明,即使行为人在审判的时候已满七十五周岁,丧失了再犯可能性,也仍然可以适用死刑,否则,就没有理由规定“以特别残忍手段致人死亡的除外”。

(二) 应当如何判断“罪行极其严重”中的“极其严重”

如何将“罪行极其严重”中的“极其严重”具体化,是正确适用死刑的关键。

1. 特别严重说及其缺陷

有的学者提出了一个具有规范根据,但同时又因为缺乏规范上的具体化而变得缺乏价值的特别严重说,即“所谓罪行极其严重,是指犯罪人的犯罪行为对国家和人民的利益危害特别严重,情节特别恶劣。”^{②⑩}诚然,《刑法》第113条规定,在危害国家安全的罪行中,除第103条第2款规定的煽动分裂国家罪、第105条规定的颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪、第107条规定的资助危害国家安全犯罪活动罪和第109条规定的叛逃罪外,“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的,可以判处死刑。”但是,如果一部刑法中规定了死刑,而其中关于死刑适用条件的全部规定仅仅是“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣”,那么,这种关于死刑的规定就无疑违反了罪刑法定主义所要求的明确性原则。

2. “双最标准说”及其缺陷

有的学者则提出了一个根本无法确定又极不稳定的判断标准:将全国范围内已知的同类案件进行比较,只有属于“同类犯罪中的最严重犯罪的最严重情节”时,才能考虑

^{①⑦} 参见周道鸾《正确理解和掌握死刑适用标准,严格控制死刑的适用》,载《董必武法学思想研究文集》(第7辑),人民法院出版社2008年版,第699页。

^{①⑧} 参见最高人民法院刑三庭2010年4月公布的《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》第2条第3项中的说明。

^{①⑨} 前引①,夏勇文。

^{②⑩} 王作富主编《刑法》,中国人民大学出版社2011年第5版,第179页;类似的看法是“所谓罪行极其严重,是指犯罪行为对国家和人民的利益危害特别严重,社会危害性极为巨大”,参见赵秉志《刑法新教程》,中国人民大学出版社2009年版,第272页。

死刑的适用。^① 笔者把这一见解称为“双最标准说”。即使是同类犯罪,也是由很多具有异质情节的犯罪所组成的。例如,在故意捅刀杀人的案件中,有的是被害的人数多,有的是捅刀的次数多,有的是行为人犯罪的次数多,等等,如何能够通过对比异质的东西进行比较之后确定某一故意捅刀杀人的犯罪是“最严重犯罪的最严重情节”?况且,如果采用“双最标准说”,那么,很可能出现的不合理情形就是:一个在前天是杀人最多的案件,会因为昨天出现了杀人更多的案件,而不能在今天判决时对其适用死刑。正如有学者已经指出的:危害程度具有相对性,相对于没杀死人,杀死1个人更严重;相对于杀死1个人,杀死2个人更严重;相对于杀死2个人,杀死10个人更严重,以此类推,并无穷尽。可见,“最严重”实际上是无法确定的。^② “双最标准说”能够带来的唯一令人欣慰的效果是,把我国每年适用死刑的案件减少到46件之内,因为刑法只对46种犯罪规定了死刑的适用。

3. 罪刑比对说的提倡

笔者认为,应该结合刑法分则条文中关于死刑的两种不同规定来判断“罪行极其严重”,从而决定是否适用死刑。这是通过对刑法规定适用死刑的犯罪的构成要件进行比对来确定罪行是否极其严重的判断方法,因此,可以简称为“罪刑比对说”,它具有如下具体内容:

第一,要根据行为人的犯罪行为是否符合刑法分则中配置着死刑的条文所描述的罪状,来判断其罪行是否可能极其严重。如果刑法分则条文对某种罪状根本没有配置死刑,那么,符合该罪状的行为肯定不是极其严重的罪行。只有刑法分则条文对某种罪状配置着死刑时,符合该罪状的行为才可能是极其严重的罪行。但是,由于绝大多数刑法分则条文在对某种罪状配置死刑的同时,还配置了无期徒刑或者十年以上有期徒刑,因此,当刑法分则条文把死刑作为选择适用的刑罚与某种罪状搭配在一起时,符合该罪状的行为就仅仅可能是极其严重的罪行。

第二,要参照刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所描述的罪状,来判断符合把死刑作为选择适用的刑罚相配置的罪状的行为是否必然极其严重。如果刑法分则条文把死刑作为绝对确定的法定刑与某种罪状搭配在一起,那么,符合该罪状的行为就无疑是极其严重的罪行。对哪些符合把死刑作为选择适用的刑罚相配置的罪状的行为而言,与绝对确定的死刑搭配在一起的罪状就是判断它是否必然是极其严重的罪行的指针。这是符合解释规则的。“关于同一来源的段落的规则是:在同一个作者的作品中,含义模糊的表述应该根据他自己的更为清晰的表述来进行解释,哪怕这些作品发表在不同的时期或地点,除非确知他已经改变了自己的看法。”^③我国刑法分则

^① 参见前引①,赵秉志书,第181页;持同样看法的,有高铭暄主编《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第528页。

^② 参见前引①,夏勇文。

^③ [德]萨缪尔·普芬道夫《论人与公民在自然法上的责任》,支振锋译,北京大学出版社2010年版,第130页。

有三个条文^{②④}把死刑作为绝对确定的法定刑与罪状搭配在一起。

根据《刑法》第 121 条的规定,以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器,致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的,处死刑。这一条文的罪状描述表明,在危害公共安全的犯罪中,只有故意致人重伤、死亡的,或者造成与《刑法》第 121 条所要求的使航空器遭受严重破坏相同程度的损失的,才属于极其严重的罪行。根据《刑法》第 240 条的规定,拐卖妇女、儿童,情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。这一条文的罪状描述表明,在侵犯公民人身权利的犯罪中,只有情节特别严重的,才属于极其严重的罪行。因为根据《刑法》第 240 条的规定,具有“拐卖妇女、儿童集团的首要分子”、“奸淫被拐卖的妇女的”或者“造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡的”,要“处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”,所以,这里的“情节特别严重”,可以解释为“拐卖妇女、儿童集团的首要分子奸淫被拐卖的妇女的”、“造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属三人以上重伤或者二人以上死亡的”等情形。根据《刑法》第 317 条第 2 款的规定,对暴动越狱或者聚众持械劫狱的首要分子和积极参加者,情节特别严重的,处死刑。这一条文的罪状描述表明,在妨害社会管理秩序罪中,只有暴力危害国家管理人员并具有造成他人重伤、死亡等特别严重情节的,才属于极其严重的罪行。

上述三个刑法条文关于必须适用死刑的规定,完全应该成为判断把死刑作为选择适用的法定刑来规定的刑法条文中所规定的罪行是否达到极其严重的指针。具体来说,对煽动分裂国家罪、颠覆政权罪、煽动颠覆政权罪、资助危害国家安全犯罪活动罪、叛逃罪,绝对不能适用死刑,因为刑法分则条文没有对这些犯罪配置死刑;对背叛国家罪、武装叛乱、暴乱罪等配置着死刑的危害国家安全罪,只有当行为人在这些犯罪中故意杀害他人的,故意致人重伤、死亡的,或者以暴力、胁迫或者其他方法强取财物并且造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的损失的,才应适用死刑;对故意杀人罪,只有杀害了他人,并且情节特别严重的,才应适用死刑;对故意伤害罪,只有致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,并且情节特别严重的,例如,造成多人重伤的,才应适用死刑;对贪污罪、受贿罪,只有贪污、受贿的数额特别巨大^{②⑤}并且直接造成了他人重伤、死亡的,或者使用了暴力、胁迫或者其他方法强取了数额特别巨大的财物,并且造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的损失的^{②⑥},才应适用死刑,例如,国家工作人员明知是学校危房改造款,却贪污、受贿 300 万元以上,导致学校危房因为无钱改造而坍塌,使

^{②④} 1997 年《刑法》在第 239 条中也把死刑规定为绝对确定的法定刑,即“犯前款罪,致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产”,但是 2015 年 8 月 29 日颁布的《中华人民共和国刑法修正案(九)》将该规定修改为“犯前款罪,杀害被绑架人的,或者故意伤害被绑架人,致人重伤、死亡的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产”。

^{②⑤} 根据 2016 年 4 月 18 日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 3 条的规定,贪污或者受贿数额在 300 万元以上的,应当认定为“数额特别巨大”。

^{②⑥} 所谓“与航空器遭受严重破坏相同程度的损失”,不仅是就财物价值的损失而言,而且是就航空器的损失中必然包含的危及公共安全而言。

学生被砸死或者被砸成重伤的,应该对其适用死刑。当然,国家工作人员以威胁的方法索取他人300万元以上财物,并且造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的损失的,也应对其适用死刑。再如,一个国家药品监督机关的领导,明知某一公司在制造假药,却收受该公司300多万元后,发给该公司药品生产许可证,导致该公司生产的大量假药流通于市,造成了不少人的伤亡,对这一国家药品监督机关的领导就应该适用死刑,但是,如果这个国家药品监督机关的领导,收受了某一制药公司几千万元后,发给该公司药品生产许可证,并且对该公司进行了严格监管,使该公司生产的药品完全合格,那么,对这一国家药品监督机关的领导就不应该适用死刑。

上述解释,不仅是实践中可以接受的,而且是理论上具有说服力的。如果对不同罪名的犯罪适用了相同的刑罚,那么,一定是因为这些犯罪尽管触犯了不同的罪名,却在犯罪的质和量上具有相同性。因此,完全应该用《刑法》第121条、第240条和第317条第2款规定的必须适用死刑的犯罪的质和量,来衡量其他刑法条文规定可以适用死刑的犯罪的质和量,并对这些刑法规定可以适用死刑的犯罪的质和量进行补充。只有经过补充,使其达到与《刑法》第121条、第240条和第317条第2款规定的必须适用死刑的犯罪的质和量相同的质和量时,才能对其适用死刑。

(三) 应当如何适用从轻、减轻情节

在一个具有通常情形的案件中,如果不属于《刑法》第49条规定的“犯罪的时候不满十八周岁的人”、“审判的时候怀孕的妇女”和“审判的时候已满七十五周岁并且没有以特别残忍手段致人死亡的人”这三种情形之一,那么,对“罪行极其严重”的犯罪分子,就应当适用死刑。但是,刑事法官面对的是否需要适用死刑的案件并非仅仅具有通常情形,而是往往具有特殊情形,即在通常情形之外还具有从轻、减轻情节等。如果刑法针对某种极其严重的罪行所配置的相对确定的法定刑中还有死刑之外的刑罚,而行为人又具有必须从轻处罚的情节,例如,行为人是罪行极其严重的共同犯罪中的从犯,那么,就不能对行为人适用死刑,否则,就没有适用刑法关于从轻处罚的规定,因为《刑法》第27条第2款明确规定从犯是“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”的情节。

困难之处在于,虽然刑法针对某种极其严重的罪行所配置的相对确定的法定刑中还有死刑之外的刑罚,但是行为人仅仅具有可以从轻处罚的情节,例如,行为人犯下极其严重的罪行之后又自首的,应当如何作出是否适用死刑的判决呢?刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节,就其在某一具体案件中的适用结论而言,实际上就表现为应当从轻处罚情节或者不应当从轻处罚情节。一种自首情节,如果刑事法官在某一具体案件中根据它作出了不适用死刑的判决,那么,就等于说这一自首情节是应当从轻处罚的情节;如果刑事法官在某一具体案件中即使考虑了自首情节还是作出了适用死刑的判决,那么,就等于说这一自首情节是不应当从轻处罚的情节。这样,问题又回到:一个刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节,如何在某一具体案件中将它作为应当从轻处罚的情节来适用。

在两种情形中,一个刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节,刑事法官应当在某一具体案件中将它作为应当从轻处罚的情节来适用。第一种情形是,某一具体案件中存在刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节,就使该具体案件中的违法性或者有责性明显减少了。例如,在故意杀害了他人的案件中,如果在普通情形中应当判处行为人死刑,那么,在一种被害人具有明显过错的特殊情形中,行为人行为的违法性甚至行为人的有责性就明显减少了。因此,应当把“被害人具有明显过错”作为应当从轻处罚的情节来适用,也就是说,在“被害人具有明显过错”的案件中,不应当判处行为人死刑,而是应当判处无期徒刑或者有期徒刑。第二种情形是,某种刑法抽象规定的可以从轻处罚情节的存在,在某一具体案件中就意味着行为人作出了法规范所期待的贡献。例如,在故意杀害了他人的案件中,如果在普通情形中应当判处行为人死刑,那么,在一种行为人通过自首而作出了法规范期待他作出的贡献时,就应当把“自首”作为应当从轻处罚的情节来适用。法规范之所以把自首规定为从轻处罚的情节,就是期待行为人通过自首来节约司法资源。因此,在一个通常应当判处行为人死刑的故意杀人案中,如果行为人在自己还没有被司法机关发现时就自首的,或者在司法机关虽然已经发现行为人是谁却无法随时抓获行为人时就自首的,那么,就不应当判处行为人死刑,而是应当判处无期徒刑或者有期徒刑。在一个通常应当判处行为人死刑的故意杀人案中,司法机关已经发现行为人是谁,并且知道行为人在一座不大的山里,于是封闭了这个山的各个路口,正在搜山,饿了几天的行为人在山里又冻又饿,知道自己穷途末路,马上就要被抓获,于是出来自首,企图获得更轻的处罚。这种情形下的自首,对于节约司法资源而言没有多大意义。在这种自首中,行为人并未作出法规范所期待的贡献。因此,这种自首就是不应当从轻处罚的情节,即使存在这种自首,也仍然应当判处行为人死刑。

(四) 适用死刑的判断步骤

针对一个具体案件,决定是否适用死刑,要经过如下五步判断步骤来完成:第一步:判断行为人的犯罪行为是否符合刑法分则中配置着死刑的条文所描述的罪状;第二步:在判断行为人的犯罪行为符合刑法分则中配置着死刑的条文所描述的罪状之后,判断行为人的犯罪行为所造成的社会危害在质和量的严重性上是否达到刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所要求的程度;第三步:在判断行为人的犯罪行为符合刑法分则中配置着死刑的条文所描述的罪状,并且在质和量的严重性上达到刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所要求的程度之后,判断在该具体案件中是否存在《刑法》第49条规定的不适用死刑的三种例外情形之一;第四步:在判断行为人的犯罪行为符合刑法分则中配置着死刑的条文所描述的罪状,在质和量的严重性上也达到刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所要求的程度,并且在该具体案件中不存在《刑法》第49条规定的不适用死刑的例外情形之一以后,判断在该具体案件中是否存在必须把刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节作为应当从轻处罚的情节来适用的情形;第五步:在判断行为人的犯罪行为符合刑法分则中配置着死

刑的条文所描述的罪状 在质和量的严重性上也达到刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所要求的程度 在该具体案件中不存在《刑法》第49条规定的不适用死刑的例外情形之一 并且不存在必须把刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节作为应当从轻处罚的情节来适用的情形以后 就应当作出适用死刑的判决。

在上述五个判断步骤中 前四个判断步骤是适用死刑的实质要件的判断步骤 第五个步骤只是一个对结论进行检验意义上的判断步骤。只要在一个判断步骤中得出了与第五个判断步骤中的描述相反的结论 就应当作出不适用死刑的判决。

三、关于“不是必须立即执行”

《刑法》第48条规定“不是必须立即执行”是作出死刑立即执行还是作出死刑缓期二年执行判决的唯一标准。与是否应该适用死刑一样 对于作出是死刑立即执行还是死刑缓期二年执行的判决而言 重要的仍然是一种规范论的立场。

(一) 传统的见解

在传统见解中 存在通说和少数说之分 笔者认为 它们都具有相当的缺陷。

1. 通说及其缺陷

关于如何认定“不是必须立即执行” 我国的通说认为 刑法“对这一条件没有明确、具体的规定”^{②7} 于是 大多数学者都总结我国刑事司法审判工作的经验 认为“具有以下情形之一的 可以视为不是必须立即执行死刑的情况: 犯罪分子犯罪后自首、立功或者有其他法定从轻情节的; 在共同犯罪中罪行不是最严重的或者与其他同性或同类案件相比较罪行不是最严重的; 因被害人的过错而导致犯罪人激愤犯罪的; 犯罪人有令人怜悯的情节; 有其他应当留有余地的情况的等等。”^{②8} 关于什么是“有令人怜悯的情节”和“其他应当留有余地的情况” 我国学者又提出了某些具体看法。认为“有令人怜悯的情节” 包括“平时表现较好 犯罪动机不十分恶劣 因偶然原因犯了特别严重罪行”^{②9}、“罪犯智力发育不健全”^{③0}、“因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪 被害人及其家属对被告人表示谅解的”^{③1}以及“该罪犯罪行为虽然极其严重 但民愤尚不特别大”;^{③2} 认为“其他应当留有余地的情况” 是“罪该处死 但缺少直接证据”^{③3} 或者是“犯罪人有可

^{②7} 周光权《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第284页。

^{②8} 高铭暄、马克昌主编《刑法学》,中国法制出版社2007年版,第288页。

^{②9} 高铭暄主编《刑法专论》,高等教育出版社2006年版,第530页。

^{③0} 参见樊凤林主编《刑罚通论》,中国政法大学出版社1994年版,第165-166页;参见王作富《中国刑法研究》,中国人民大学出版社1988年版,第300页。

^{③1} 前引^{②9},高铭暄主编书,第530页。

^{③2} 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编《中华人民共和国刑法——条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版,第61页。

^{③3} 前引^{②9},高铭暄主编书,第530页。

能为破获其他重大案件、惩治其他犯罪人起到‘活证据’的举足轻重作用”^④或者是“可以用作犯罪学和犯罪心理学研究的活材料”^⑤。

上述通说是有缺陷的,人们在上述说法中不仅发现不了关于作出死刑缓期二年执行判决的理论,而且会感到混乱。正是上述权威见解,使我国的死缓判决令人惶恐。例如,在共同犯罪中罪行不是最严重的人,可能是从犯,根据《刑法》第27条的规定,应当对从犯予以从轻、减轻处罚或者免除处罚,因此,不应当对从犯适用死刑,又怎能对从犯判处死刑后予以缓期二年执行?再如,对有自首情节的,就必须判处死刑缓期二年执行?怎能为了把犯罪人用作犯罪学或者犯罪心理学研究的活材料而判处其死刑缓期二年执行?如此等等,实在令人困惑和忧虑。

我国适用死缓制度的刑事司法实践,大体上遵从了通说的上述见解。针对故意杀人、故意伤害案件,最高人民法院1999年10月27日发布的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》明确指出:“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。”针对金融诈骗犯罪,最高人民法院2001年1月21日发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确指出:“对于犯罪数额特别巨大,但追缴、退赔后,挽回了损失或者损失不大的,一般不应判处死刑立即执行。”最高人民法院2011年12月20日《关于发布第一批指导性案例的通知》也指出:“因恋爱、婚姻矛盾激化引发的故意杀人案件,被告人犯罪手段残忍,论罪应当判处死刑,但被告人具有坦白悔罪、积极赔偿等从轻处罚情节,同时被害人亲属要求严惩的,人民法院根据案件性质、犯罪情节、危害后果和被告人的主观恶性及人身危险性,可以依法判处被告人死刑,缓期2年执行,同时决定限制减刑,以有效化解社会矛盾,促进社会和谐。”

其实,通说的上述见解以及最高人民法院的相关解释中所提及的很多情节(例如,“被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任”、“被告人有法定从轻处罚情节”、“因恋爱、婚姻矛盾激化引发”等)都不是决定是否应当适用死缓的情节,而是决定是否应当适用死刑的情节。马克昌教授正确地指出:“如果行为具有法定的可以从轻或减轻处罚或者应当减轻或免除处罚的情节,如自首、立功、自首又有重大立功表现,行为人的刑事责任就可以或应当从轻或减轻。在这种情况下,即使罪行极其严重,也可能不适用死刑”^⑥。

通说的上述见解以及最高人民法院的相关解释在实践中造成了极其不良的后果,导致对一些根本不是“罪行极其严重”的人错误地适用了死刑。例如,在刘加奎故意杀

^④ 参见陈华杰《把握死刑适用标准的若干思考》,载《人民司法》2007年第1期。

^⑤ 王勇《论死刑的限制适用——从死缓平台谈起》,载陈兴良、胡云腾主编《2004年中国刑法学论文集第一卷:死刑问题研究(下册)》,中国人民公安大学出版社2004年版,第749页。

^⑥ 马克昌《论死刑缓期执行》,载《中国法学》1999年第2期。

人案中,被害人马立未再三无理相逼,导致刘加奎以同归于尽的想法杀死了马立未,却被判处死刑,缓期二年执行。^⑦被害人存在明显过错,就表明行为人的罪行并非极其严重。对一个倍受欺凌以至于抱同归于尽之心而杀死了欺凌者的人适用死刑是缺乏公正性的。但是,在与刘加奎故意杀人案的案情相似的阎留普等故意杀人案中,法院认为被害人存在极大过错,仅判处了被告人阎留普有期徒刑六年。^⑧在笔者看来,阎留普等故意杀人案的判决更具合理性。

2. 少数说及其缺陷

在传统见解中,还存在一些少数说。一种少数说认为,需要从反面来把握“不是必须立即执行”,符合下述两个条件之一的,应当判处死刑立即执行:(1)如果不立即执行死刑,则无法控制该重大犯罪人对社会造成新的危害;(2)如果不立即执行死刑,则可能引起社会震荡。^⑨笔者认为,根据这种见解,既不能全面把握“不是必须立即执行”,因为还存在其他“必须立即执行”的情形,也不能正确把握“不是必须立即执行”,因为引起社会震荡未必与行为人有直接关联,根据一种与行为人没有直接关联的社会震荡的可能引起,就对行为人立即执行死刑,必然违背责任主义。

另一种少数说认为,“所谓‘不是必须立即执行’,可以作出以下原则上的认识:(1)犯罪分子的行为客观危害十分严重,但其主观恶性并不大。(2)犯罪分子虽然主观恶性较大,但其行为的客观危害性并不是特别严重。(3)犯罪分子虽然主观恶性和行为的客观危害都比较大,但其具有从宽处罚情节。”^⑩这种割裂客观危害与主观恶性的见解,必然导致死刑的滥用。一种主观恶性并不大的十分严重的客观危害,或者一种客观危害性并不特别严重的较大的主观恶性,都不属于“罪行极其严重”,根本不能对其适用死刑。有学者正确地指出“客观危害虽然特别严重,但只要其主观恶性不大,或者即使犯罪人行为的主观恶性特别恶劣,但只要其客观危害不算特别严重,就不应判处死刑”^⑪。

持类似看法的学者提出,可以从以下四个方面理解“不是必须立即执行”:(1)犯罪危害虽然十分严重,但犯罪人主观恶性不很大,即“罪很大,恶未极”;(2)主观恶性极深,客观危害不是很大的,即“恶已极,罪不很大”;(3)“罪也大,恶也极”,但民愤不是很大,或者这类犯罪是罕见的个别情况,不是非处死不能达到个别预防或者一般预防的刑罚目的;(4)具有较多的可以从轻情节。^⑫这种看法不仅同样混淆了死刑适用条件与死缓适用条件的界限(对客观危害不是很大的人,怎么能够适用死刑?具有较多的可以从轻处罚情节,又怎么能够适用死刑?),而且令人费解,如果因为“犯罪是罕见的个别情

^⑦ 具体案情,参见陈兴良、张军、胡云腾主编《刑事指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社2013年版,第368-370页。

^⑧ 参见前引^⑦,陈兴良、张军、胡云腾主编书,第365-366页。

^⑨ 贾宇主编《死刑研究》,法律出版社2006年版,第37页。

^⑩ 前引^⑨,赵秉志书,第275页;持同样看法的,有黄京平主编《刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,第168页。

^⑪ 陈华杰《论死刑适用的标准》,人民法院出版社2005年版,第35页。

^⑫ 参见刘作俊《死刑限制论》,武汉大学出版社2001年版,第288页。

况”就适用死刑缓期二年执行的话,那么,对二次世界大战中的甲级战犯、对在金水桥炸死多人的恐怖分子,是否都可以适用死刑缓期二年执行。

(二) 学说的转向

由于上述传统见解认为刑法对“不是必须立即执行”没有明确、具体的规定,所以,就仅仅从刑事司法实践经验中找寻了解释它的各种具体根据。但是,这种解释方法缺乏刑法教义学的支撑。尽管刑法教义学也极其重视刑事司法实践的宝贵经验,却决不会把刑事司法实践经验直接当作解释刑法规定的根据,而是必须把刑事司法实践经验与刑法规范相联系,一种缺乏规范联系的刑事司法实践经验决不会被刑法教义学者视为解释刑法规定的根据,这是因为,刑法教义学始终把刑法规范奉为圭臬。一旦缺乏规范联系,就完全无法保证不会在刑事司法中滥用死刑。

正是从刑法教义学的方法出发,我国部分刑法学者在解释“不是必须立即执行”时采取了一种新的方向,即不是从刑事司法实践经验出发,而是从法律规定出发来解释“不是必须立即执行”的具体含义。他们认为,所谓“不是必须立即执行”是指“由于犯罪人具有某些法律规定的特别情节而不需要立即执行死刑。”^⑬有学者对此做了更为具体的阐明:“所谓‘不是必须立即执行’的情况,其实质上就是案件现实所具有的从轻处罚情节。并且,在同一案件中,这种从轻处罚情节,是指与‘应当判处死刑’的从重处罚情节同时并存的从轻处罚情节,只不过它的重要性弱于或数量少于前者而已。”^⑭

上述学说转向在方法论上是值得称道的,但是,正像采用错误的方法偶尔也会得出正确的结论一样,即使采用正确的方法也并非不会得出错误的结论。从轻处罚情节是一种量刑情节,只影响刑罚的量,不影响刑罚的执行方式。只要某一“案件现实所具有的从轻处罚情节”是必须考虑的,就不能对该案件适用死刑。正是由于某一案件中存在从重处罚情节,它才成为“应当判处死刑”的案件,如果该案件中还并存着从轻处罚情节,即使它只不过在重要性上较弱或者数量较少,也不能对该案件适用死刑,因为一个存在应当被适用的从轻处罚情节的案件根本就不是“罪行极其严重”的死刑案件。认为存在从轻处罚情节,就不需要立即执行死刑,而是需要判处死刑缓期二年执行,是基于对死缓性质的习惯性误解。人们习惯于认为死缓是比死刑更轻的刑罚或者认为死缓是死刑中最轻的刑罚,这种看法导致的恶果是对大量不应判处死刑的人判处了死缓。不能由于死缓犯大多实际上未被处死,就认为死缓不是死刑,从而降低死缓的适用标准。判处死刑缓期二年执行,必须以行为人的“罪行极其严重”、应当被判处死刑为前提。

(三) 本文观点的展开

在刑法教义学的规范论立场上,某一法规范的含义总是必须在与其具有共同本质

^⑬ 王作富主编《刑法》,中国人民大学出版社2007年版,第260页;持同样看法的,有屈学武主编《刑法总论》,社会科学文献出版社2004年版,第330页。

^⑭ 于同志《死刑裁量》,法律出版社2009年版,第8页。

的法规范的联系中加以诠释。一个规范论的关于“不是必须立即执行”的理解,或许应该依从下面的路径展开:从《刑法》第50条第1款关于死刑缓期执行期间执行死刑的规定中,推导出“不是必须立即执行”的条件。

1. 基本内容

根据《刑法》第50条第1款的规定,判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果故意犯罪,情节恶劣的,由最高人民法院核准后执行死刑。这一规定表明,对被判处死刑的犯罪分子是否应当立即执行死刑,应该以他是否又实施了情节恶劣的故意犯罪为根据。《刑法》第50条第1款中的“故意犯罪,情节恶劣的”,是指故意犯下的罪行,从客观上看,手段残忍,性质恶劣,后果严重,或者造成恶劣的社会影响,具体标准可掌握为被判处死缓的罪犯在死刑缓期执行期间故意犯罪,依据刑法规定应当判处3年以上有期徒刑的情形。^⑤

从积极方面而言,如果应当被判处死刑的犯罪分子确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,对他就“不是必须立即执行”死刑,就要对他判处死刑缓期二年执行。犯罪分子确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,可以是客观因素造成的,例如,行为人已经年老得只能躺在床上,或者在实施爆炸中炸掉了自己的手脚,因此丧失了再次实施情节恶劣的故意犯罪的能力;犯罪分子确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,也可以是主观因素造成的,犯下极其严重罪行的人确实已经悔改,不会再次实施情节恶劣的故意犯罪。行为人在犯下极其严重的罪行后,又真诚悔改,积极赔偿被害人损失的,即使对其判处死刑,也应当予以缓期二年执行。

从消极方面而言,如果行为人在犯下某一应当判处死刑的极其严重的罪行之后,又犯下另一情节恶劣的故意犯罪的,对他就“必须立即执行”死刑,而不应当对他判处死刑缓期二年执行。例如,行为人抢劫被害人,致被害人重伤后,又强奸了被害人的,只要应当对行为人抢劫致人重伤的前一犯罪行为判处死刑,就要因为行为人又犯了强奸罪,而判处其死刑立即执行。对这种犯下极其严重罪行后又实施了另一情节恶劣的故意犯罪的无节制作恶者,完全不需要给他二年的考验期,以便根据他在二年考验期中的不同表现来决定是否执行死刑。基于同样的立场,对组织、策划、实施了多起极其严重犯罪的黑社会老大,也应当对其判处死刑立即执行。但是,如果行为人故意杀死他人后,又重婚的,即使行为人的故意杀人行为本身成立应当被判处死刑的故意杀人罪,却因为行为人的重婚行为最高只能被判处二以下有期徒刑,不属于情节恶劣的故意犯罪,所以,不应当判处行为人死刑立即执行。

上述“积极方面”和“消极方面”,只是针对“不是必须立即执行”死刑的两种类型而言的,它们不是两个互相对立的标准。这就是说,如果应当被判处死刑的犯罪分子确实

^⑤ 参见周光权《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第411页。不同看法参见张明楷《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第532页。

不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,对他就“不是必须立即执行”死刑,就要对他判处死刑缓期二年执行。但是,只要行为人在犯下某一应当判处死刑的极其严重的罪行之后,又犯下另一情节恶劣的故意犯罪的,对他就“必须立即执行”死刑,而不应当对他判处死刑缓期二年执行,即使他在犯下另一情节恶劣的故意犯罪之后确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险。

2. 对疑问的回答

有学者提出了一种疑问:死刑立即执行是针对一罪的刑罚,而不是数罪并罚的结果,因此不以行为人“又犯下另一情节恶劣的故意犯罪”为条件。^{④⑥}但是,以行为人“又犯下另一情节恶劣的故意犯罪”作为适用死刑立即执行的条件之一,并不意味着死刑立即执行是数罪并罚的结果。根据《刑法》第50条第1款的规定,被判处死刑缓期执行的犯罪分子,在死刑缓期执行期间,又实施情节恶劣的故意犯罪的,由最高人民法院核准后,执行死刑。在此,“在死刑缓期执行期间,又实施情节恶劣的故意犯罪”只是执行死刑的条件,而不是对判处了死缓的前罪和在死刑缓期执行期间又犯的后罪进行数罪并罚后决定的死刑立即执行。因此,“又犯下另一情节恶劣的故意犯罪”只是死刑立即执行的条件,而且是从《刑法》第50条第1款的规定中推导出的条件,是刑法教义学上能够接受的结论。

也有学者提出了另一种疑问:从《刑法》第50条第1款关于死刑缓期执行期间执行死刑的规定中,无法推导出“行为人在犯下某一应当判处死刑的极其严重的罪行之后,又犯下另一情节恶劣的故意犯罪的,对他就‘必须立即执行’死刑”的结论,因为在《刑法》第50条第1款的情形中,行为人是在死刑缓期执行期间又实施情节恶劣的故意犯罪才执行死刑的,不同于行为人在未经审判之前犯下极其严重的罪行后又实施情节恶劣的故意犯罪的情形。^{④⑦}诚然,行为人犯下极其严重的罪行,经过审判,被判处死刑缓期执行,在死刑缓期执行的二年考验期内,又实施情节恶劣的故意犯罪的,就表明行为人没有接受国家机关的法制教育,显现了比未经审判之前犯下极其严重的罪行后又实施情节恶劣的故意犯罪的人更重的人身危险性。但是,一方面,这种经过国家机关的法制教育后又实施情节恶劣的故意犯罪所显现的人身危险性,即使比未经审判之前犯下极其严重的罪行后又实施情节恶劣的故意犯罪的人更重,也不说明审判之前犯下极其严重的罪行后又实施情节恶劣的故意犯罪的人的人身危险性就不重。相反,这两种不同情形所表明的人身危险性其实没有实质的差异,无须在刑法教义学中特别重视,因为这两种情形中的行为人都在犯下极其严重的罪行后又实施了情节恶劣的故意犯罪,并且在当今的法治中国,未经审判之前犯下极其严重的罪行后又实施了情节恶劣的故意犯罪的人所接受的法制教育不会比死缓犯人少很多;另一方面,从我国对虽然犯下极其严重

^{④⑥} 笔者在四川师范大学法学院以本文的主题作报告时,蔡鹤老师向笔者提出了这一疑问。

^{④⑦} 笔者在东南大学法学院以本文的主题作报告时,周少华老师向笔者提出了这一疑问。

的罪行但是并未在其后又实施情节恶劣的故意犯罪的人也适用了死刑立即执行的现状来看,提倡只对犯下极其严重的罪行后又实施情节恶劣的故意犯罪的人才能适用死刑立即执行,就已经从解释论上缩小了死刑立即执行的范围,无论如何,是更值得选择的具有法规范依据的解释结论,如果人们真的愿意减少死刑立即执行的数量的话。

从刑法教义学的立场出发,行为人先实施情节恶劣的故意犯罪后,又犯下极其严重的罪行的,不能被判处死刑立即执行。例如,行为人实施了盗窃罪之后,又实施了故意杀人罪的,在通常情形中,就充其量只能判处行为人死刑缓期二年执行。但是,行为人实施了故意杀人罪之后,又实施了数额巨大或者有其他严重情节的盗窃罪的,在通常情形中,就应当判处行为人死刑立即执行。这是因为,根据《刑法》第50条第1款的规定,只有行为人实施了极其严重的罪行之后,又实施情节恶劣的故意犯罪的,才能对其执行死刑。对此,一种规范论的诠释是,法规范在一个实施情节恶劣的故意犯罪的人又犯下极其严重的罪行之后还允许期待他不再犯罪,作为法共同体的一员生活在社会之中,但是,在一个人已经犯下极其严重的罪行之后又实施情节恶劣的故意犯罪时,法规范就由于缺乏一种认知的保障,而无法期待该人仍然作为法共同体的一员生活在社会之中。

3. 比较法上的优势

笔者的上述看法在比较法上具有合理性。如果人们接受笔者的见解,那么,我国的死刑适用标准就与日本的死刑适用标准没有大的区别。日本的死刑相当于我国的死刑立即执行,根据日本的判例,往往是在行为人故意杀人之后又实施情节恶劣的故意犯罪的,才对行为人适用死刑。^⑭例如,被告人因为缺钱游玩和购买冬衣,所以想进入某杂货店窃取现金,由于想到会被认识自己的睡在里面的经营杂货店的夫妻发现,决定一旦被发现的话就杀死他们。于是,从纸袋中取出斧头拿在手里,在进去之后,发现73岁的男主人翻身,就用手中的斧头用力击打其头部,被其58岁的妻子醒来发现,又用斧头击打她的头部,将两人杀害后,取走了18000日元的现金和一张存有305397日元的存折。针对本案的被告人,日本钏路地方裁判所判处其无期徒刑,但是,日本札幌高等裁判所撤销了钏路地方裁判所的判决,改判为死刑,日本最高法院裁判所维持了日本札幌高等裁判所的判决^⑮。

有学者认为,依法处决药家鑫,“就既打击极其严重的罪行,又制止社会道德滑落和人性衰退的恶发,扭转了判决前人们对司法公平正义焦虑、担心和不信任情绪,达到了法律效果与社会效果的良好统一。”^⑯无论对药家鑫判处死刑立即执行本身是否正当,为了“制止社会道德滑落和人性衰退的恶发”或者“扭转判决前人们对司法公平正义焦虑、担心和

^⑭ 参见日本《最高裁判所判例集》第37卷第6号第660-689页所列举的37个被判处死刑的案例。

^⑮ 参见日本《最高裁判所判例集》第37卷第6号第682页。

^⑯ 王昌学《死刑执行的立法意志与司法中自首和立功情节的正确适用——兼谈李昌奎案判决质疑、监督和再审》,载《云南法学》(云南大学学报法学版)2011年第6期。

不信任情绪”就判处药家鑫死刑立即执行 笔者认为 完全不具有法规范的根据。

结 论

本文的主要结论是:(1)应当从规范论的立场出发 确立适用死刑的标准 使死刑判决完全符合刑法规范整体的要求。根据任何非规范的因素来决定死刑的适用 都会背离法治的要求 引发人们对死刑适用正当性的怀疑甚至否定。(2)在具体案件中 如果行为人的行为成立犯罪 符合刑法分则中配置着死刑的条文所描述的罪状 在质和量的严重性上也达到刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所要求的程度 不存在刑法第49条规定的不适用死刑的例外情形之一 并且不存在必须把刑法抽象规定的可以从轻处罚的情节作为应当从轻处罚的情节来适用的情形 就应当对行为人作出适用死刑的判决。(3)如果被判处死刑的犯罪分子确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,对他就“不是必须立即执行”死刑 就需要对他判处死刑缓期二年执行。但是 如果行为人在犯下某一应当判处死刑的极其严重的罪行之后 又犯下另一情节恶劣的故意犯罪的 对他就“必须立即执行”死刑 就不应当对他判处死刑缓期二年执行。

根据上述结论来办理死刑案件 不仅会因为标准的明确而形成统一的死刑判决 并且这种统一的死刑判决也具有结论的具体妥当性。

Abstract: Only when the criminal judges master and apply the normative theory on the death penalty can prevent the dilemma and chaotic phenomena on the application of the death penalty in China at present. “Extremely serious crimes” mean that the perpetrator’s criminal act and its aftermath are extremely serious on the illegality and responsibility. We should judge whether the perpetrator’s criminal act belongs to “extremely serious crime” or not in line with both the guilt described in the articles configuring the death penalty in Specific Provisions of the Criminal Law and the guilt described in the articles configuring the death penalty as the absolute punishment of legally-prescribed punishment in Specific Provisions of the Criminal Law. We can evolve the condition of “not necessary immediate execution” from article 50 in the criminal law regarding that anyone who is sentenced to death with a suspension of execution shall be executed, which means the criminal who is sentenced to death commits no intentional crime with execrable circumstances, the immediate execution of a criminal is not deemed necessary. If the perpetrator commits an extremely serious crime punishable by death, and commits another intentional crime with execrable circumstances, the immediate execution of a criminal punishable by death is deemed necessary to him.

(责任编辑:白岫云)