

我国刑法死刑适用标准的体系解释

——兼与冯军教授商榷

陆诗忠

(烟台大学法学院, 山东烟台, 264005)

摘要:“死刑适用标准”的把握依赖于对罪行极其严重的“罪行”、罪行极其严重的“极其严重”、“必须立即执行”与“不是必须立即执行”等问题的正确理解。而冯军教授针对上述问题的阐释有悖于刑法教义学所倡导的体系解释。从体系解释出发,“罪行”应仅仅指行为的客观危害,而不应包括行为人的主观恶性;“极其严重”应指犯罪性质特别严重的犯罪行为造成了极其严重的结果(后果);“必须立即执行”应包括两种情形:一是犯罪分子所犯罪行符合“极其严重”的基本标准,且具有从重处罚量刑情节,或者犯罪人的主观恶性明显严重;二是犯罪分子所犯罪行已经超过“极其严重”的基本标准,且不具备从宽处罚量刑情节,或者犯罪人的主观恶性并非明显较轻。“不是必须立即执行”应包括三种情形:一是犯罪分子所犯罪行刚刚达到“极其严重”的基本标准;二是犯罪分子主观恶性明显较轻;三是犯罪分子具有法定应当从宽处罚的量刑情节或者具有特定范围的酌定从宽处罚量刑情节。

关键词:死刑适用标准;体系性解释;刑法教义学

中图分类号: D924

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2024)04-0069-10

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第48条规定了死刑适用标准:“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。”正确把握死刑的适用标准会涉及对罪行极其严重的“罪行”、对罪行极其严重的“极其严重”、对死刑制度的“必须立即执行”与“不是必须立即执行”应当如何理解的问题。笔者将立足于体系解释,针对上述三个方面的问题谈谈自己不够成熟的看法。需要说明的是,本文中的体系解释,是特指根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范旨意的解释方法。在解释论上,体系解释是一种非常重要的解释方法。这是因为,整体只能通过对其各部分的理解而理解,但是对其各部分的理解又只能通过对其整体的理解^①。不过,体系解释在刑法理论大厦中并非处于“至尊”

的地位。因此,笔者在对“死刑适用标准”进行体系解释的时候,也会注意到解释结论与相关刑法理论的契合。

一、“罪行极其严重”的“罪行”

如何理解“罪行极其严重”的“罪行”,在刑法学界是一个言人人殊的话题^[1]。在众多理论中,具有代表性的当属“罪大恶极说”和“客观危害说”。前者认为,“罪行”的含义应当从“罪大”与“恶极”两个方面加以把握:“罪大”体现的是犯罪客观实害的一面,“恶极”是社会对犯罪人的一种主观心理评价^[2]。后者则提出,“罪行”只是客观犯罪行为及其危害社会的后果这一个方面^[3-4]。

然而,无论是“罪大恶极说”还是“客观危

收稿日期: 2023-06-02; 修回日期: 2023-08-16

作者简介: 陆诗忠, 男, 河南台前人, 法学博士(后), 烟台大学法学院教授, 山东师范大学博士生导师, 主要研究方向: 中外刑法, 联系邮箱: lushizhonglaw@126.com

害说”，都遭到了冯军教授的批评。冯军教授认为：“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。”^[5]针对“客观危害说”，冯军教授则提出：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”的结论^[5]。即在冯军教授看来，从《刑法》第14条关于“故意犯罪”、第15条关于“过失犯罪”、第16条关于“不可抗力与意外事件”、第5条关于“罪责刑相适应原则”以及第113条第1款关于“危害国家安全罪”等规定来看，完全不可能得出“罪行”仅仅是“行为的客观危害”的结论来。

冯军教授立足于体系解释之原点即“规范性标准”对“罪大恶极说”进行的上述批评是有道理的。既然1997年《刑法》(新刑法)用“罪行极其严重”代替了1979年《刑法》(旧刑法)中的“罪大恶极”，已经将死刑适用标准明确修改为“罪行极其严重”，若再将“罪行极其严重”解释为“罪大恶极”，不符合体系解释的基本要求。然而，冯军教授在揭示“罪行”的含义时又指出，“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^[5]。其对“罪行”的阐释很明显又回到1979年《刑法》(旧刑法)所规定的死刑适用标准即“罪大恶极”上来。这不禁让人怀疑，如此阐释是否已经脱离了体系解释的基本要求？

冯军教授运用体系解释对“客观危害说”进行的批评同样是值得肯定的。正如学者所指出的，“没有体系性思维及其体系解释方法就不可能有法律的恰当使用”^[6]。然而，笔者对冯军教授的批评也不敢完全苟同。理由如下：

其一，其批评混淆了“犯罪”与“罪行”的概念。无论是从刑法学的基本常识出发，还是从《刑法》的相关规定(如《刑法》第14—16条)出发，“犯罪”肯定是行为的客观危害性和行为人主观恶性的统一体，但“罪行”并不等同于“犯

罪”。我们不能像理解“犯罪”那样来理解“罪行”，即不能将“罪行”理解为行为的客观危害性和行为人主观恶性的统一体。

其二，从刑法规范的文理即从法规范的语言文字和层次结构来看，将“罪行”仅仅理解为“行为的客观危害性”可以接受。《刑法》第48条规定，“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。从该规定的内容来看，死刑的适用对象必须是犯罪分子，即必须是实施犯罪行为的人而不仅仅是实施客观危害行为的人，而犯罪行为的成立又是以行为人具有主观恶性为先决条件的。试想，在刑法已经规定死刑的适用对象必须是实施犯罪行为的人之前提下，还有必要再要求“罪行”必须包含行为人的主观恶性吗？

我们还会发现，将罪行极其严重的“罪行”仅仅理解为行为的客观危害，同样是“通过对刑法规定进行体系化解释”的结果，属于体系解释。众所周知，刑法具有极其明显的客观主义倾向，即对常见严重犯罪规定了诸多影响法定刑升格的因素，但这些因素只限于客观因素，没有任何条文将犯罪动机不良、主观恶性深等作为法定刑升格的因素^[7]。比如，《刑法》第263条将“入户抢劫”“在公共交通工具上抢劫”“抢劫银行或者其他金融机构”“多次抢劫或者抢劫数额巨大”“抢劫致人重伤、死亡”等8种情形规定为适用“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产”的因素。依据犯罪构成理论，这8种情形都属于犯罪的客观要素。再比如，《刑法》第240条将“造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果”规定为适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并没收财产”的因素。依据犯罪构成理论，该情形也属于犯罪的客观要素。值得关注的是，刑法关于绝对确定法定刑为死刑的规定更是强调危害结果的出现，比如第121条对劫持航空器罪设置的死刑条件是“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏”，而这里的“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏”很显然属于犯罪的客观要素。另外，《刑法》第5条、第9条和第26条第3款、第67条第1至3款使用的“罪行”也

都是围绕行为的客观事实展开的^[8]。

将罪行极其严重中的“罪行”仅仅理解为行为的客观危害，是否会导致死刑适用标准的降低呢？对此，有学者表示担忧：“死刑适用条件的客观主义倾向过于强调客观危害，可能导致对造成了一定危害后果但不具有严重主观恶性的犯罪嫌疑人也适用死刑，实际上降低了死刑的适用标准。”^[1]这样的批评显然是立法论层面而非解释论意义上的。将罪行极其严重的“罪行”仅仅理解为行为的客观危害，是立足于体系解释的必然结论，是以有效的刑法规范为主臬的。即便所得出的结论令人担忧，也应归咎于有效的刑法规范而不应该归咎于对有效刑法规范进行阐释的教义学。正如黎宏教授所指出的：“我国对于死刑(包括死缓)的适用条件已经不再像过去那样要求‘罪大恶极’，而是要求客观上具有严重犯罪即‘罪大’就足够了。”^[9]

需要强调的是，运用体系解释将罪行极其严重的“罪行”理解为行为的客观危害，并不必然意味着犯有该“罪行”的人一定要承担(适用死刑的)刑事责任。从刑法中的主客观相统一原则出发，让犯有极其严重“罪行”的人承担(适用死刑的)刑事责任，还必须要求其具有主观上的认知因素或者说具有主观上的可谴责性。

二、“罪行极其严重”的“极其严重”

有学者认为，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，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^{[10](338)}。该观点将“极其严重”限定为行为的客观危害极其严重，在解释论上符合体系解释的基本要求。但是，该观点的弊端也显而易见。首先，将“极其严重”归结为对国家和人民的利益危害“特别严重”“情节特别恶劣”，并没有给死刑的适用提供相对明确的标准，存在着何谓“特别严重”“情节特别恶劣”需要进一步解释的问题。其次，该观点对“极其严重”所进行的阐释并非死刑适用的一般性标准，只是具体类罪(危害国家安全罪)的死刑适用标准。这可以通过《刑法》第113条的规定看出来。该条的

内容为：“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。”

在何谓“极其严重”的理论研究中，有一种观点值得关注，即冯军教授所创制的“罪刑比之说”。该说认为，只有经过补充，达到与《刑法》第121条、第240条和第317条第2款所规定的必须适用死刑的犯罪相同的质和量时，才能对犯罪分子适用死刑。根据冯军教授的进一步分析，上述条款所规定的适用死刑的条件，是配置有死刑的犯罪行为“致人重伤、死亡，并且情节特别严重”或者“造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的损失”^[5]。由此冯军教授提出，罪行“极其严重”的标准是“致人重伤、死亡，并且情节特别严重”或者“造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的损失”。但在我们看来，冯军教授的这一说法存在不少问题。

首先，“罪刑比之说”无法适用于非暴力犯罪。根据该说，“极其严重”的标准是针对暴力犯罪而言的。可是，从刑法规定来看，能够适用死刑的犯罪不只是诸如故意杀人罪、故意伤害罪、破坏航空器罪、绑架罪之类的暴力犯罪，部分非暴力犯罪(比如贪污受贿犯罪、毒品犯罪、背叛国家罪、叛逃罪等)同样能够适用死刑。我们很难想象，非暴力犯罪会出现“致人重伤、死亡”的结果，也很难想象非暴力犯罪会造成与航空器所遭受严重破坏相同程度的损失。

其次，“罪刑比之说”片面强调了生命法益、健康法益以及财产法益的极端重要性，忽视了国家安全、国防利益等集体法益的极端重要性。生命法益、健康法益以及财产法益固然值得刑法重点保护，但相对而言，国家安全、国防利益等集体法益更值得刑法重点保护，“如果国家安全、国防利益受到实际损害，国民个人利益也必然遭受实际损害。一个国家如果处于被侵略的状态，其国民的任何法益都可能遭受侵害”^[11]。然而，根据“罪刑比之说”，对没有导致人员伤亡的危害国家安全、国防利益的犯罪行为将无法适用死刑，即便该犯罪行为“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣”。

最后,“罪刑比对应”在“致人重伤、死亡,并且情节特别严重”的标准中,又将“情节特别严重”作为成立该标准的因素。可是,何谓“情节特别严重”,冯军教授语焉不详。

笔者认为,关于“极其严重”,我们应当确定的标准是“犯罪性质特别严重”且“情节特别严重”。将“犯罪性质特别严重”“情节特别严重”作为“极其严重”的标准,是考虑到犯罪行为的客观危害性(罪行)程度是由犯罪行为的基本性质和犯罪行为的犯罪情节所共同决定的。哪些犯罪行为属于“犯罪性质特别严重”,在认定上并不存在困难。因为《刑法》分则已经明确规定了能够适用死刑的犯罪行为,即凡是依据《刑法》分则规定能够适用死刑的犯罪行为都属于“犯罪性质特别严重”。在此意义上,认定“犯罪性质特别严重”的犯罪行为是否属于“情节特别严重”的情形,对于罪行“极其严重”的确定至关重要。

在刑法理论上,“犯罪情节”被认为是犯罪过程中的各种事实情况,是决定犯罪行为社会危害性程度进而能够影响到刑罚轻重的各种客观事实情况^[12]。它通常包括“危害结果(后果)”“犯罪对象”“犯罪手段”“犯罪的时间、地点”“犯罪的次数”等。问题在于,能否将死刑适用标准的“极其严重”理解为上述多方面因素的统一体呢?对此,有学者持肯定见解^[1],但该见解会使死刑适用标准变得模糊不清。在笔者看来,“极其严重”的认定只需判断“犯罪性质特别严重”的犯罪行为是否造成了“极其严重的结果(后果)”即可。理由如下:

其一,将“犯罪对象,犯罪手段,犯罪时间、地点,犯罪次数”作为犯罪情节轻重的考量因素,就是因为其能够产生更为严重的危害结果(后果)。张明楷教授在论述影响责任刑的情节时就指出,无论是“行为的手段”“犯罪的时空及环境条件”“行为对象”还是“行为的次数”,都是围绕法益侵害的实质所进行的判断,应属于增加违法性的事实^[13]。也就是说,只有与危害结果(后果)存在关联可能的因素,才属于犯罪情节的范畴,没有独立于危害结果(后果)而单独存在的犯罪情节。

其二,从《刑法》分则的规定来看,相关规

范将“极其严重的结果(后果)”作为适用死刑的条件。比如,第115条将“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”作为适用死刑的条件;第121条将“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏”作为适用死刑的条件;等等。我们注意到,个别条文将“情节特别严重”规定为适用死刑的条件之一。比如,第240条将“情节特别严重”规定为对拐卖妇女、儿童犯罪行为适用死刑的条件。不过,这里的“情节特别严重”就是指拐卖妇女、儿童犯罪行为产生了诸如被害人伤亡、被害人受到性侵害之类的结果性事实或者更为严重的后果^③。还有条文将“危害结果特别严重”“情节特别严重”规定为适用死刑的共同条件。比如,第113条将“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣”作为对危害国家安全的犯罪行为适用死刑的条件。这里的“情节特别恶劣”应该是“对国家和人民危害特别严重”程度的强调,即只有当犯罪行为发生的危害结果(后果)“对国家和人民危害特别严重”达到“情节特别恶劣”的程度,才属于罪行“极其严重”。

其三,危害结果(后果)的严重与否对于犯罪行为社会危害性程度的判断具有无可替代的作用。在刑法理论上,犯罪被认为是对法益的侵害,创制刑法是为了保护法益,危害结果(后果)是反映法益侵害程度的事实现象。申言之,整个刑事立法及司法的宗旨无非是通过禁止人们实施犯罪行为来防止危害结果(后果)的出现,进而达到保护法益的目的。因此,将“极其严重”归结为“极其严重的结果(后果)”,完全符合刑法理论对危害结果(后果)所赋予的地位。

其四,将“极其严重的结果(后果)”作为死刑的适用标准,符合相关国际公约与国际文件所规定的死刑适用标准。《公民权利和政治权利国际公约》被称为“国际人权宪章”文件之一。该公约第6条第2款规定的死刑适用标准是:“在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重罪行的惩罚,即死刑只能适用于最严重的罪行,否则违反了该条第1款‘不得任意剥夺任何人的生命’的规定。”何谓“最严重的罪行”,该公约并没有进一步的解释。但根据联合国经济及社会理事会批准的《关于保护面对死刑的人的权

利的保障措施》第1条的规定，“在没有废除死刑的国家，只有最严重的罪行可以判处死刑，应理解为死刑的适用范围只限于蓄意而结果为害命或其他极端严重后果的罪行”。可见，相关国际公约与国际文件所明确的死刑适用标准是犯罪行为造成了“极端(极其)严重的结果(后果)”。

其五，将“极其严重”理解为“极其严重的结果(后果)”，有利于司法机关更好地执行有关死刑的刑事政策。“保留死刑，严格控制死刑”是我国的基本刑事政策。为了贯彻该刑事政策，刑法已经规定了多方面的制度。比如，严格规定了适用死刑的条件、对象、犯罪性质、程序等。笔者认为，为了让我国司法机关更好地执行该刑事政策，还应当考虑将“极其严重”理解为“极其严重的结果(后果)”。这是因为，相对于抽象的犯罪情节而言，“极其严重的结果(后果)”作为对法益所造成的损害事实，是有形的、可确定的，在司法实务中具有很强的操作性。如此理解，有利于司法机关对“极其严重”作出更为准确、科学的判断，从而能够进一步严格控制死刑的适用，有利于加强法治的人权保障功能。

综上所述，将“极其严重”理解为“极其严重的结果(后果)”，不仅是体系解释的应有结论，而且是与相关刑法理论高度契合的。

三、“必须立即执行”与“不是必须立即执行”

死刑的“必须立即执行”大都是从适用死刑缓期执行(死刑的“不是必须立即执行”)的角度来论述的，并没有直接论述何谓死刑的“必须立即执行”。比如，马克昌教授在相关著述中就是通过列举死刑的“不是必须立即执行”的若干情形，从反面来揭示何谓死刑的“必须立即执行”。其列举的情形包括：不是最严重地侵害国家或者人民利益，人身危险性不是特别严重的；犯罪后坦白交代、认罪悔改、投案自首或者有立功表现的；被害人有一定过错的；在共同犯罪活动中不是起最主要作用的；缺少直接证据，应当留有余地的；需要按照国家的特殊政策对待的；等等^[14]。

上述探讨是对司法实践经验的总结，对于司

法实务具有一定程度的指导价值，但很难说是对死刑的“必须立即执行”的理论研究。理论是对某一事物规律性、关键因素的提取而形成的系统的理性认知。尽管刑法理论也高度重视司法实践中的宝贵经验，但从来不会将司法实践经验转化为解释刑法的依据。再者，上述“经验之谈”存在着值得商榷之处。比如，认为在共同犯罪中不是起最主要作用的可以适用死刑缓期执行，就与刑法规定不符：既然在共同犯罪中不是起最主要的作用，说明极有可能属于从犯。依据“对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”的规定，对从犯就无法适用死刑(包括死刑缓期执行)，除非其实施犯罪的法定刑属于绝对确定的法定刑(死刑)。

随着我国刑法理论研究的日臻成熟，已有学者不满足于“经验之谈”，而是倡导转向“死刑适用的规范论基础”^[5]。所谓“规范论基础”，便是《刑法》第50条第1款的规定。冯军教授指出，根据该条规定，对被判处死刑的犯罪分子是否必须立即执行死刑，应该以他是否又实施了情节恶劣的故意犯罪为根据：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，就“必须立即执行”；属于罪行极其严重的犯罪分子“确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险”，就“不是必须立即执行”^[5]。

冯军教授将“又犯下另一情节恶劣的故意犯罪”理解为死刑“必须立即执行”的法定情形，相对于“经验之谈”的从反面论述，是值得称道的。但是，该观点也存在问题。

其一，将《刑法》第50条第1款作为死刑的“必须立即执行”的“规范论基础”，是存在疑问的。该款规定的是适用死刑缓期执行的法律后果，绝非死刑立即执行的一般性条件。更为关键的是，该款的“情节恶劣的故意犯罪”是发生在死刑判决宣告之后的死刑缓期执行期间，并非发生在死刑判决宣告之前，而冯军教授所论及的作为死刑立即执行条件的“情节恶劣的故意犯罪”是发生在死刑判决宣告之前。

其二，对被判处死刑缓期执行的犯罪分子“又同时实施了情节恶劣的故意犯罪”适用死刑

“必须立即执行”，与“数罪并罚”的规定存在着严重抵牾。被判处死刑缓期执行的犯罪分子“又同时实施了情节恶劣的故意犯罪”，在刑法上属于“判决宣告前一人犯数罪”的情形。对该情形如何处罚，《刑法》第69条是有明确规定的，即判决宣告最重刑为死刑(含死刑缓期执行)的，严厉程度低于死刑(含死刑缓期执行)的其他主刑就不再执行。不难理解，对宣告刑为死刑缓期执行的犯罪分子“又同时实施了情节恶劣的故意犯罪”进行数罪并罚的结果应当是死刑缓期执行，并非死刑的必须立即执行，除非“情节恶劣的故意犯罪”的宣告刑是死刑必须立即执行。

其三，没有一以贯之地坚持体系解释的基本立场。冯军教授倡导“必须进行符合规范体系的诠释”^[5]，可其在死刑适用标准问题上并没有坚持既定的立场。即便我们通过《刑法》第50条第1款能够推导出“对被判处死刑缓期执行的犯罪分子又同时实施情节恶劣故意犯罪的，应当判处死刑立即执行”，但该推论与《刑法》第69条有关数罪并罚的规定存在着严重的抵牾。也就是说，在研究死刑的“必须立即执行”时，并没有处理好《刑法》第50条第1款与《刑法》第69条之间的关系，偏离了体系解释的方向。

至于冯军教授就死刑的“不是必须立即执行”所提出的观点，也是值得商榷的。在其看来，即便犯罪分子所犯罪行极其严重，只要不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险，便可以“不是必须立即执行”。该观点否认了“罪行极其严重”是适用死刑(包括死刑立即执行)的法定标准，而违背“法规范标准”的理论阐释是体系解释的“大忌”，因为体系解释始终将正在生效的刑法规范视为解释的原点。

归结起来，无论是对死刑的“必须立即执行”的理解，还是对死刑的“不是必须立即执行”的理解，冯军教授都试图通过体系解释的方式予以实现。但其在解释过程中出现了不同程度的偏离，由此得出了值得商榷的结论，此为其一。其二，冯军教授对“必须立即执行”的理解过于强调“又犯下另一情节恶劣的故意犯罪”的作用，忽视了已有的罪行本身；而在对“不是必须立即执行”的理解上又过于强调犯罪人的人身危险

性，同样忽视了已有的罪行本身。实际上，忽视已有的罪行本身不可能为死刑的“必须立即执行”和“不是必须立即执行”划定界限。

笔者进一步认为，就本质而言，死刑的“必须立即执行”和“不是必须立即执行”属于量刑活动的范畴，二者的适用应当遵循“以报应为主兼顾功利”的原理。根据该原理，科学、合理的量刑活动必须考虑两方面的因素：一是报应因素，即犯罪行为的社会危害性程度(由犯罪行为的客观危害性程度、犯罪人的主观恶性程度共同决定)。二是功利因素，即影响被告人刑事责任轻重的各种量刑情节。在上述两方面的因素中，前者具有基础性、决定性作用。因此，对犯罪分子是适用死刑“必须立即执行”还是适用“不是必须立即执行”，首先是考虑罪行本身“极其严重”的量(犯罪行为的客观危害性程度)，其次是考虑犯罪分子的主观恶性程度以及犯罪分子所具有的量刑情节。需要指出的是，笔者的上述主张不仅是对量刑原理的具体运用，而且具备体系解释所要求的“规范论基础”。

第一，对犯罪分子是否“必须立即执行”，应当优先考虑罪行“极其严重”的量。虽然罪行极其严重是适用死刑立即执行和死刑缓期执行的共同标准，但是“罪行极其严重”仍然存在着轻重程度的问题。因此，从量刑原理出发，将犯罪分子所犯罪行刚刚达到“罪行极其严重”的基本标准作为“不是必须立即执行”的情形，是能够令人接受的。如果犯罪分子所犯罪行已经远远超过“基本标准”，则只能对其适用死刑立即执行，“当罪恶过于严重，当它超过了罪恶的极端或人类的界限，当它变得惨绝人寰，那就不再谈得上宽恕”^[15]。

第二，对犯罪分子是否“必须立即执行”，应当考虑犯罪分子的主观恶性程度。只要我们承认刑罚的轻重应当与犯罪行为的社会危害性程度相适应，承认主观恶性是社会危害性的基本要素之一，那么将犯罪分子“主观恶性明显较轻”^③理解为死刑的“不是必须立即执行”的情形，就应该是一个经得起推敲的结论。

第三，对犯罪分子是否“必须立即执行”，应当考虑犯罪分子所具有的量刑情节。依据《刑

法》第61条的规定即“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处”，对犯罪分子适用刑罚时，不仅要考虑犯罪行为的社会危害性程度，还应当考虑案件的量刑情节。这一点对于罪行极其严重的犯罪分子同样适用。

基于以上认知，笔者对死刑“必须立即执行”的基本立场是：犯罪分子所犯罪行符合“极其严重”的基本标准，且具有累犯等从重处罚的量刑情节，或者犯罪人的主观恶性明显严重；犯罪分子所犯罪行已经超过“极其严重”的基本标准，且不具备从宽处罚的量刑情节，或者犯罪人的主观恶性并非明显较轻。对如何理解死刑的“不是必须立即执行”，笔者的基本立场是：犯罪分子虽然所犯罪行极其严重，但具备下列情形之一，便属于“不是必须立即执行”：

其一，犯罪分子仅符合罪行“极其严重”的基本标准^④。对犯罪分子是适用死刑立即执行还是适用死刑缓期执行，就本质而言，是对犯罪分子适用轻重不同的刑罚。依据犯罪与刑罚关系的基本原理，决定刑罚轻重的最基本因素是犯罪行为的社会危害程度，而影响犯罪行为社会危害程度的决定性因素是犯罪行为的客观危害(罪行)程度。据此，对罪行极其严重的犯罪分子是适用死刑立即执行还是适用死刑缓期执行，最关键的是看罪行的“极其严重”的程度。

其二，犯罪分子主观恶性明显较轻。判断犯罪分子的主观恶性是否明显较轻，必须做到“于法有据”，这是罪刑法定原则的应有之义。在笔者看来，刑法所规定的能够影响犯罪人主观恶性程度的因素包括以下几类：

一是间接犯罪故意。在间接犯罪故意中，犯罪人只是对危害结果持放任态度，且往往是在实施其他非犯罪行为的情况下放任危害结果的发生。这种心理所反映的主观恶性较直接犯罪故意要轻得多。对此，相关规范性司法文件也是予以支持的。比如，2009年8月3日最高人民法院《关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见》规定：“在直接故意杀人与间接故意杀人案件中，被告人的主观恶性程度是不同

的，在处刑上也应有所区别。”

二是犯罪动机正当。犯罪动机在何种情形之下是正当的，我们可以通过《刑法》第20条第2款来寻求答案。该款规定“防卫过当”犯罪的处罚原则即“应当减轻处罚或者免除处罚”。该规定引发我们思考的是，刑法为什么对该行为的处罚如此“优惠”？这无疑是立法者考虑到行为人的动机具有正当性，即行为人是为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利。因此，如果犯罪动机是为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利，那么就具有正当性^⑤。

三是被害人具有明显过错。被害人具有明显过错而导致犯罪行为发生的，能够证明犯罪人的主观恶性程度较轻。在我国，将被害人具有明显过错规定在《刑法》第20条第1款，即被害人实施了不法侵害行为。

四是犯罪行为的期待可能性较低。《刑法》第16条规定，行为在客观上虽然造成了损害结果，但是由于不能抗拒的原因引起的，不是犯罪。该规定在刑法理论上被认为是“不可抗力事件”。刑法之所以将“客观上造成损害结果的行为”规定为“不是犯罪”，就是因为“不可抗力事件”能够阻却主观罪过的成立，而“不可抗力事件”是行为人“无期待可能性”的法定事由。既然“无期待可能性”能够阻却主观罪过的成立，“期待可能性程度较低”则顺理成章地成为说明行为人主观恶性程度较轻的事实。

其三，犯罪分子具有从宽处罚的量刑情节。当犯罪分子具有法定从宽处罚的量刑情节时，对其适用死刑缓期执行，不存在任何疑问。不过，除了法定量刑情节，还有酌定量刑情节。由于后者缺乏明确的法律规定，因此我国学者对酌定量刑情节的范围尤为重视。笔者认为，酌定量刑情节主要包括两类事实。

第一类是能够使犯罪行为的社会危害性程度明显降低的事实。属于这类量刑情节的主要有“被告人退赃、赔偿损失”“犯罪人赔礼道歉并取得被害人谅解”“被告人犯罪后能够积极挽救犯罪损失”。该类事实之所以能够作为影响适用死刑缓期执行的量刑情节，是考虑到犯罪行为的

社会危害性因该事实的出现而明显降低。

第二类是能够体现相关刑事政策的事实。体现相关刑事政策的事实是否应当作为酌定量刑情节来影响刑罚的适用,其本质是党的政策与法治的关系问题。在我国,党的政策与法治的关系不只是一个学术问题,更是一个重大的政治问题。习近平总书记深刻指出:“党的领导和社会主义法治是一致的,社会主义法治必须坚持党的领导,党的领导必须依靠社会主义法治。”^[16]刑事法治作为国家法治体系的重要组成部分,必须将体现相关刑事政策的规定融入我国司法实践之中,成为重要的酌定量刑情节。此外,下列情况也体现了相关刑事政策:

一是被告人属于少数民族。对属于少数民族的被告人从宽处理,能够体现党和国家对少数民族予以特殊关怀的政策主张。我党高度重视少数民族工作,为少数民族制定了大量的优惠政策,其中就包括对少数民族人员实施犯罪予以从宽处理的政策。因此,当罪行极其严重的被告人属于少数民族时,应当考虑将该事实作为影响死刑缓期执行的量刑情节。

二是被告人所实施的犯罪已经超过追诉期限。笔者之所以主张将该事实作为酌定量刑情节来影响死刑缓期执行的适用理由不仅在于,被告人在追诉期内虽然没有受到刑事追究,但长时期的逃避与恐惧已经给其造成痛苦^{[17](830)},更在于,这样做符合“加强人权法治保障”的政策要求。党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视人权工作,习近平总书记围绕尊重和保障人权发表了一系列重要论述,其中就包括要加强人权法治保障^⑥。既然被告人已经在追诉期内遭受了痛苦,那么当被告人所实施的犯罪已经超过追诉期限,在对其量刑时应予以从宽处罚,否则会让被告人承受多余的痛苦。在此意义上,将被告人所实施的犯罪已经超过追诉期限的事实作为酌定量刑情节影响死刑缓期执行的适用,是对“加强人权法治保障”政策要求的具体实践。

值得探讨的是,将“犯罪嫌疑人的一贯表现较好”“犯罪后的态度较好”之类的能够体现人身危险性程度较小的事实作为酌定量刑情节来影响死刑缓期执行的适用,是否妥当?对此有观

点认为,“只有犯罪分子的人身危险性较小才是死缓的适用条件”^[18]。然而,将人身危险性程度作为影响刑罚裁量的因素^⑦,与《刑法》第5条所规定的罪责刑相适应原则严重不符。该条规定:“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。”学界对该条中“犯罪分子所犯罪行”的理解并无分歧,认为“犯罪分子所犯罪行”是指犯罪分子已经实施的危害行为及其所造成的后果。但对于“承担的刑事责任”如何理解有着不同的看法。有学者认为:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子……承担的刑事责任相适应,实际上是指刑罚必须与犯罪人的人身危险性相适应。”^{[10](28)}可是,如此理解与《刑法》第61条的规定存在着明显的冲突,不符合体系解释的要求。根据该规定,纳入刑罚裁量的因素包括“犯罪的事实”“犯罪的性质、情节”“对社会的危害程度”以及“刑法的有关规定”。很显然,在影响刑罚裁量的诸多因素中,是不包含人身危险性程度的。

应予明确的是,将体现犯罪人人身危险性程度较小的事实作为酌定量刑情节来影响死刑缓期执行的适用,会违反证据的运用规则。体现犯罪人人身危险性程度较小的事实最多只能证明犯罪人再次犯罪的可能性较小。这是因为,在人身危险性的判断上,现代科学还没有达到能够预测一个人将来是否会犯罪的水平。在不少国家,“司法者通常反对使用专家证词来断言被告未来的危险性,这主要因为预测科学是如此不精确”^[19]。在此意义上,将体现犯罪人人身危险性程度较轻的事实作为量刑情节来使用,不符合我国《刑事诉讼法》第55条所规定的“证据确实、充分”的证据规则。

值得进一步思考的是,罪行极其严重的犯罪分子仅仅具有酌定(从宽处罚)量刑情节或者具有法定“可以情节”时,对其能否适用死刑缓期执行?笔者认为,应当从严掌握。具体考量因素是:其一,宽严相济刑事政策的基本要求。根据《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,“依法从严”适用于罪行十分严重、社会危害性极大的犯罪。因此,当罪行极其严重的犯罪分子只是具有酌定(从宽处罚)量刑情节或者只是具有法定“可

以情节”时，对其不宜适用死刑缓期执行。其二，实施的罪行已经超过“极其严重”的基本标准。当其罪行已经超过“基本标准”时，就可能抵消酌定(从宽处罚)量刑情节、法定“可以情节”对刑罚裁量所产生的应有影响。其三，酌定(从宽处罚)量刑情节、法定“可以情节”并不必然体现犯罪行为的社会危害性程度。而决定犯罪分子刑罚轻重的决定性因素始终是犯罪行为的社会危害性程度。

当然，当罪行极其严重的犯罪分子具有多个能够使得犯罪行为的社会危害性程度明显降低的酌定(从宽处罚)量刑情节或者具有多个法定“可以情节”时，且案件本身不存在逆向量刑情节的，即便其所犯罪行已经超过但没有远远超过“极其严重”的基本标准，也应当考虑对其适用死刑缓期执行。

四、余论

研究死刑适用标准的意义在于，使得死刑的适用条件更加具体，减少死刑适用标准的主观随意性，使死刑案件的裁决更加公正稳妥。但在对“死刑适用标准”的研究上，我们不能幻想不同性质的犯罪行为存在着“罪行极其严重”的共同标准，比较务实的做法是针对不同性质的犯罪行为制定不同的认定标准。在研究不同性质犯罪行为的死刑适用标准时，不仅要研究“罪行极其严重”的质，还要研究“罪行极其严重”的量。只有对“质”与“量”同时考量，才能更好地划清死刑立即执行与死刑缓期执行的界限。

注释：

- ① 鉴于陈兴良教授已经对体系解释有了较为深入的研究(参见陈兴良.刑法教义学中的体系解释.法制与社会发展.2023(3): 36-59),本文对体系解释的基本问题就不再展开研究。
- ② 笔者之所以这样理解,是基于《刑法》第240条的规定。该条明确规定8种情形之一的拐卖妇女、儿童罪应当适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”的法定刑。这些“情形”涉及犯罪分子的主体身份、拐卖的人数、罪数、犯罪手段、犯罪对象、犯罪的后果、出卖地。然而,在这8种情形中,任何一种情

形都会产生诸如被害人伤亡、被害人受到性侵害之类的危害结果或者会产生更为严重的危害结果。因此,当拐卖妇女、儿童的犯罪行为出现了上述意义上的“危害结果”或者“更为严重的后果”时,其难以为8种“情形”所包涵,成为“情节特别严重”的范畴,进而成为适用死刑的条件。

- ③ “主观恶性明显较轻”指的是依法构成犯罪的人,其心理事实的可谴责性与通常意义上的心理事实相比较具有明显较弱的特征。影响“心理事实”轻重的因素包括主观罪过的形式、犯罪行为的动机、被害人的过错程度、期待可能性的大小。
- ④ 犯罪分子具有累犯等从重处罚量刑情节的除外。
- ⑤ 在理论上,犯罪动机被认为是推动犯罪人实施犯罪行为的内心动力或者起因。因此,“为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利”也有可能成为行为人实施犯罪的动机之一。比如,当某些不法侵害虽然不能成为正当防卫的防卫起因,不能依法对其进行正当防卫,但不能排除其有危及国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利的可能,因此“防卫人”可以对该意义上的不法侵害进行“防卫”。在此情形中,“防卫人”的“防卫行为”有可能构成犯罪,但其犯罪动机是“为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利”。
- ⑥ 参见习近平总书记2022年2月25日在十九届中央政治局第三十七次集体学习时的重要讲话。
- ⑦ “主观恶性”与“人身危险性”在刑法理论上是两个性质不同的范畴,不应混同。前者属于已然之罪的范畴,后者属于未然之罪的范畴。详细论述请参见陈兴良.刑法哲学.北京:中国政法大学出版社,1998: 144, 145, 146.

参考文献：

- [1] 李凤林.死刑适用标准研究[M].北京:法律出版社,2022.
- [2] 陈兴良.刑法疏议[M].2版.北京:中国人民公安大学出版社,1997.
- [3] 赵秉志.死刑改革探索[M].北京:法律出版社,2006.
- [4] 黎宏.刑法学总论[M].2版.北京:法律出版社,2016.
- [5] 冯军.死刑适用的规范论标准[J].中国法学,2018(2): 190-207.
- [6] 董邦俊.教义学发展、功能与内涵之刑法学揭示[J].环球法律评论,2014,36(4): 5-24.
- [7] 张明楷.刑法的基本立场[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [8] 劳东燕.死刑适用标准的体系化构造[J].法学研究,2015,37(1): 170-190.
- [9] 黎宏.死刑缓期执行制度新解[J].法商研究,2009,

- 26(4): 101-106.
- [10] 黎宏. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
- [11] 张明楷. 集体法益的刑法保护[J]. 法学评论, 2023, 41(1): 44-58.
- [12] 姜伟. 犯罪形态通论[M]. 北京: 法律出版社, 1994.
- [13] 张明楷. 论影响责任刑的情节[J]. 清华法学, 2015, 9(2): 5-24.
- [14] 马克昌. 论死刑缓期执行[J]. 中国法学, 1999, 16(2): 111-116.
- [15] 雅克·德里达. 宽恕: 不可宽恕和不受时效约束[J]. 杜小真, 译. 江苏社会科学, 2002, 23(1): 1-12.
- [16] 中共中央宣传部, 中央全面依法治国委员会办公室. 习近平法治思想学习纲要[M]. 北京: 人民出版社, 学习出版社, 2021.
- [17] 张明楷. 刑法学[M]. 6版. 北京: 法律出版社, 2021.
- [18] 夏勇. 死缓适用条件之反思——以“李昌奎案”为例[J]. 法商研究, 2013, 30(1): 46-53.
- [19] DELISI M, MUNOZ E A. Future dangerousness revisited[J]. Criminal Justice Policy Review, 2003, 14(3): 287-305.

Systematic interpretation of the applicable standard of death penalty of *The Criminal Law: Deliberating with Professor Feng Jun*

LU Shizhong

(School of Law, Yantai University, Yantai 264005, China)

Abstract: The correct mastery of "the standard for the application of death penalty" depends on the correct understanding of the following problems: "crime" of the extremely serious, "the extremely serious" among the extremely serious crimes, "crimes that must be executed immediately" and "crimes that shall not be executed immediately." And Professor Feng Jun's explanations of the above problems contradict the systematic explanation advocated by the doctrine of criminal law. Starting from the system interpretation, "crime" should only refer to the objective harm of the behavior, but should not include the subjective evil of the perpetrator; "The extremely serious" shall mean that a criminal act of a particularly serious nature has resulted in extremely serious results (consequences); "Crimes that must be executed immediately" should include two situations: first, the criminal's crime meets the basic standard of "the extremely serious", and there are heavier punishing circumstances, or the criminal's subjective malignancy is obviously serious; Second, the crime committed by the criminal has exceeded the basic standard of "the extremely serious", and there is no lenient punishment and sentencing circumstances, or the subjective malignancy of the criminal is not obviously light. "Crimes that shall not be executed immediately" should include three situations: first, the crime committed by the criminal has just reached the basic standard of "the extremely serious"; Second, the subjective malignancy of criminals is obviously light; Third, the criminal has the legal circumstances of statutory leniency or the legal circumstances of discretionary leniency in a specific range.

Key Words: the standard for the application of death penalty; systematic interpretation; doctrine of criminal law

[编辑: 苏慧]