

死刑司法控制： 完整解读刑法第四十八条

储槐植*

摘要 通过司法控制死刑适用是我国死刑制度改革的有效可行途径。在死罪个案中罪行达到何等严重程度方可判处死刑，完整理解刑法第四十八条至关重要。“罪行极其严重”量定客观危害，是死刑适用的一般化标准，同等情况同等对待，不因人而异；罪行极其严重的“犯罪分子”调查主观恶性，是判定死刑立即执行或者缓期执行的个别化依据，不同情况不同对待，需因人而异。立足国情贯彻少杀慎杀政策精神，对“罪行极其严重”标准应予“严加”把控，对不是必须立即执行的“犯罪分子”尺度适当“放宽”掌握，通过公正司法达致“罪行极其严重”可判死刑的“犯罪分子”被限制到极少数。

关键词 死刑 死缓 主观恶性 司法控制

刑法修正案(八)一举削除 13 种罪的死刑，对推进我国刑法现代化具有里程碑意义。实践经验表明，在我国进行死刑制度改革将经历司法控制促进立法控制的过程。梁根林教授认为，“当今世界许多国家正是通过司法裁判拒绝适用死刑而在事实上宣告死刑制度走向灭亡，并最终推动国家立法机关通过立法正式宣告死刑制度消亡”。〔1〕可以料想，通过司法渐进地控制乃至大幅度减少死刑，从而促进立法机关批量地削减死刑，也将是我国死刑制度改革的可行选择。我们需要关注司法实践，需要完整解读刑法第 48 条：“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。”

* 北京大学法学院教授。

〔1〕 梁根林：“死刑案件被刑事和解的十大证伪”，《法学》2010 年第 4 期。

一、“罪行极其严重”：量定客观危害，死刑适用的一般化标准

现行刑法中 55 种罪有死刑规定，其中多数从来不用。司法中可能适用的罪案，分则条款规定的“死刑”也总是与“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”选择适用。分则规定的条件一般均为行为和结果危害严重，而严重到何种程度才可以适用死刑？原则就是符合刑法总则第 48 条规定的“罪行极其严重”，它是我国刑法规定的死刑适用的一般化标准，相同情况相同对待。一般化标准具有高度概括性，适于立法。刑法第 61 条规定量刑“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”，仅有原则性提示作用。近几年来刑法学界和实务界曾给力有加，试图为司法操作统一拟制一个方便易行的、可适用于所有死刑罪案的“罪行极其严重”的具体化标准。由于情况过于复杂（例如，“罪行”构成要素属于描述性因素还是规范性因素，它们的判断标准基础就有很大差异；何谓“极其严重”，本身缺乏统一参照系而成为无解之谜，其判别标准只能是因罪行种类不同而不同，它们“社会共识”的形成背景和过程也有明显不同；等等），这种努力注定不可能有结果。即使是一种罪的便于操作的死刑标准也很难制定。时至今日，也只是“走私、贩卖、运输、制造毒品”一类罪才有一个操作性较强的司法解释，即 2008 年 12 月 1 日最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》。尽管没有处处可套用的灵丹妙药式的具体化标准，没有司法解释，司法实务也从未停止办案，从紧掌握“罪行极其严重”尺度始终是控制死刑适用的首要环节。最重要的还是司法官胸有正义，通情（国情民情）达理（法理事理），上乘案件质量当可期许。最近发布的《国家人权行动计划（2012—2015 年）》指出，“中国将进一步严格死刑审判和复核程序，强化最高人民检察院对死刑复核案件的法律监督，最高人民法院通过发布指导性案例进一步明确死刑适用标准，继续推进量刑规范化改革”。

“罪行极其严重”的词意就是犯罪行为造成的社会危害达到了最高程度的严重性。所谓最高程度，具体案件仍需具体解释。问题在于，死刑是杀人，“人命关天”，具体解释也不可就事论事。在当代社会背景下，法律设置死刑（与其他刑种不同），都有浓重的政策考量，司法适用死刑需有时代情怀。国家安全、公共安全、公民人身安全领域以外的死刑设置在现代文明社会的道义正当性很难证成。人命与财物的比价关系在社会文明的天平上从古至今发生了颠覆性变化：财富越增长，生命价更高。刑法修正案（八）废除 13 种罪的死刑，均为经济性非暴力犯罪。法官在办理具体死刑案件时需要深刻领会最高人民法院 2010 年 2 月 8 日发布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》提出的“死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子”，在刑法第 48 条“罪行极其严重”之前更冠之以“极少数”。“两极”政策精神的核心是将死刑适用限制在最小范围。2011 年 5 月 24 日最高人民法院发布 2010 年度工作报告指出：“将统一死刑适用标准，不是必须判处死刑立即执行的，均依法判处死刑缓期二年执行，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。尽量依法不判处死刑立即执行，最大限度化解社会矛盾。”不要忘记：刑事政

策对刑法罪刑规范的解释具有重要的指引功能。司法文明对社会文明具有重大促进作用。

二、罪行极其严重的“犯罪分子”： 测查主观恶性，死刑执行裁量的个别化根据

“罪行极其严重”为死刑适用的一般化标准，即不能因人而异，属行为刑法，体现形式理性，同等情况同等对待；具体“犯罪分子”为死刑执行方式裁量的个别化根据，即需因人而异，属行为人刑法，体现实质理性，不同情况不同对待。综观刑法第48条，兼有形式理性与实质理性，协调行为刑法与行为人刑法，是谓矛盾统一。不无遗憾的是，通行刑法理论缺乏对第48条的“犯罪分子”应有的关注。

刑法第48条同时规定了死刑适用的标准和死刑执行的两种方式，即死刑立即执行和缓期二年执行（死缓）。两种执行方式的区分主要取决于“犯罪分子”的不同情况，理论和实践都只能得出这样的结论。司法实践中，偶尔有法律以外的原因判处死缓的案例，这是特例。死缓以“罪行极其严重”可判死刑为前提，因此“罪行”不足以成为可判死缓的理由。判死缓的主要缘由主要只能从“犯罪分子”即主体方面寻找。罪过（故意、过失）因素不是理由，因为罪过是“罪行”的必要组成部分。白建军教授以最高人民法院示范性案例中的1643个“死罪”案例为样本进行法律解释学的实证研究，认为“死刑案件中死缓与立即执行之间的选择，基本上不是法律问题而是政策问题，甚至只是道德判断问题”。〔2〕所谓道德判断，是指应受道义谴责，即有“责任”。“责任”的文义是“分内应做之事”。“责任”作为关系范畴，有独立价值，其功能是使罪和刑两个异质的客观事物发生对接。实施法上“罪”行的未成年人、无认知无辨别能力的精神病人、有正当事由的人，因无“责任”而祛犯罪化祛刑罚化；实施法上“罪”行的无正当事由的、满一定年龄的正常人，因有“责任”而被犯罪化被刑罚化。被犯罪化和被刑罚化，通过“责任”将两个异质事物“罪”与“刑”被“人”同化形成一体，从而可谴责（可归责）：罪由人实行，刑由人担当。其实刑法总则第一章第5条有明确规定：“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。”“责任”是人的主体性特征在法律、伦理语境中惯常的表述，与罪责、刑事责任、有责性、答责等词语无本质区别。赵秉志教授从世界刑法学说发展史高度解读刑法第5条时指出，它是把古典学派主张的传统的罪刑相适应与新派主张的刑罚个别化有机结合起来，因此称为“罪责刑相适应原则”。〔3〕

陈兴良教授认为，责任是一种评价，即归责可能性。评价客体是行为，这是行为本位刑法的基本观念；而行为人本位刑法则认为评价客体是人格。当今的主流观点是：责任的评价客体是具体行为；在判断责任程度时，考虑人格因素也是合理的。〔4〕

〔2〕 白建军：“死刑适用实证研究”，《中国社会科学》2006年第5期。

〔3〕 赵秉志：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，页58。

〔4〕 陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，页411。

准确适用刑法第 48 条,可否判处死缓“不是必须立即执行的”,主要看“犯罪分子”的具体情况,考察其主观恶性大小和人身危险性深浅,这就是犯罪分子的人格状况。人格就是人的品格,个人的道德品质。人格考察的目的是查明刑法第 5 条规定的“刑事责任”(罪责)。涉及可否判处死缓的人格考察虽不属新刑事诉讼法审理未成年人刑事案件的社会调查特别程序,但在实际办案过程中无需另有投入即可取得这方面的信息。人格考察事项内容多数并非法定情节,但诸多酌定情节综合起来却能真实反映犯罪人的主观恶性和人身危险性有无和大小深浅,从而直接影响刑罚裁量。追求刑罚个别化,最重要的是要关注犯罪人的主观恶性和人身危险性。根据司法实践经验,判断犯罪人的主观恶性和人身危险性的主要依据是“三罪”情况,即罪前、罪中和罪后情况:

罪前情况,主要指犯罪原因(基本是犯罪学意义上的犯罪原因而不同于刑法上因果关系的原因)和犯罪人的一贯品行表现。犯罪原因多种多样,有的是因生活所迫、人生坎坷走上犯罪道路,有的是为满足个人贪欲追求腐化生活而实行犯罪,种种情况,差异很大。犯罪人的一贯表现也会折射其犯罪意识的强弱,经常违法、屡教不改的惯犯还是平时一贯遵纪守法、仅此一回失足(失手)的偶犯,主观恶性和人身危险性显然不同。犯罪有无预谋、预谋的程度,情况不同,恶性有别。

罪中情况是指犯罪过程中的情况,犯罪动机险恶还是情有可原;犯罪手段残忍还是一般;对行为的辨认能力和控制能力情况;被害人有无过错以及过错的性质和程度;等等。

罪后情况,有无湮灭罪证,如实供述所犯罪行,还是百般抵赖,有无自首,有无立功,对犯罪损害的态度,有无弥补损害,有无积极追赃、进行赔偿,犯罪造成的社会影响是否十分恶劣;等等。

对“三罪”情况的了解,可以得知犯罪人的主观恶性大小和人身危险性深浅,从而决定判处死刑的犯罪分子可否缓期执行。如果犯罪分子主观恶性和人身危险性不大,即可判处“死缓”。

全国闻名、广为议论的浙江吴英集资诈骗案,省高级、法院判处死刑报给最高人民法院复核。最高人民法院依法组成合议庭,审查了全部卷宗材料,提讯了被告人,复核完毕,最高人民法院认为:“被告人吴英集资诈骗数额特别巨大,给被害人造成重大损失,同时严重破坏了国家金融管理秩序,危害特别严重,应依法惩处。吴英归案后,如实供述所犯罪行,并供述了其贿赂多名公务人员的事实,综合全案考虑,对吴英判处死刑,可不立即执行。……裁定核准被告人吴英死刑,发回浙江省高级法院重新审判。”(《人民法院报》2012 年 4 月 21 日)浙江省高级人民法院于 2012 年 5 月 21 日判决:被告人吴英犯集资诈骗罪,判处死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处没收其个人全部财产。

最高人民法院对吴英集资诈骗案的死刑复核裁定,显示被告人吴英罪行虽极其严重,应当判处死刑,但鉴于其个人具体情况(主观恶性、人身危险性不大)可不立即执行。有理由认为,最高人民法院的裁定堪称意义重大、具有导向性的典型案例。它立足刑法第 48 条,通过公正司法,达致“罪行极其严重”可判死刑的“犯罪分子”被限制到“极少数”。司法实践切实保证少杀慎杀政策精神得以被看得见的方式贯彻,促进死刑制度改革沿着现代文明大方向稳步前进。

三、死刑执行方式取决于内因：罪大又恶极，罪大不恶极

刑法关于死刑的规定,1997年刑法第48条修改自1979年刑法第43条“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子。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,实行劳动改造,以观后效。”第二句内容两法相同(1997《刑法》没有“实行劳动改造,以观后效”字样,这丝毫不涉及内涵)。第一句有重大修改,死刑适用标准由“罪大恶极”改为“罪行极其严重”。这主要是因为我国刑法关于死刑执行有两种最终事关死与不死的不同方式,即死刑立即执行和死刑缓期执行(死缓)。

“罪大恶极”由两个异质的子项即“罪大”与“恶极”合成。罪大指客观罪行很严重,恶极指主观恶性很深重。两个异质因素共组一种规制的标准。不可避免地必然带来理解上的多样性(换一种说法就是有歧义),从而导致实务纠结。“罪大恶极”既可以解读为死刑的一般化标准(逻辑上当可涵摄死刑两种执行方式),也可以解读为死刑立即执行标准(当然不含死刑缓期执行)。两种理解对死缓的条件要求和适用范围就有不同。罪大不恶极,根本不构成死刑犯罪,还是构成死刑罪而可适用死缓判决,两种理解都讲得通。恶极罪不大,上世纪80年代“严打”期间将其判罪并非罕见。有鉴于此,1997刑法将1979刑法的“罪大恶极”两个子项修改为一个客观子项“罪大”即“罪行极其严重”(为适合法律用语习惯)。将“恶极”留给司法实践作为裁量死刑执行方式选择的依据。这样,体现立法科学性。罪行指犯罪行为 and 结果的现实状况,由于其纯客观性易于测量,“罪行极其严重”作为死刑一般化标准便于做到相同情况相同对待,实现司法正义。刑法常识认为,刑罚处罚的对象不是行为而是行为人(犯罪分子),犯罪分子是死刑判决执行的对象。我国死刑执行分为立即执行和缓期执行两种不同方式,制度设计的目的只有一个,即贯彻少杀慎杀政策,落实执行制度的依据必定是“犯罪分子”的主体情况即内因。不可否认,实施了极其严重罪行(罪大)的犯罪分子都有程度不等的客观恶性(人格品德问题),有的恶性不大,有的恶性极大,从而决定有的可判死刑缓期执行(罪大不恶极),有的判处死刑立即执行(罪大又恶极)。表明死刑执行方式选择主要取决于犯罪分子自身的情况(咎由自取)。不同情况不同对待,实现实质正义。这就是哲学上的事物变化内因决定论。

法官对犯罪分子主观恶性大小程度的测定可从两方面把握:总体审视和个案量定。总体审视是指不同种类死刑罪犯的主观恶性有等级差异:暴力罪的犯罪人的主观恶性大于非暴力罪的犯罪人的主观恶性,侵害安全法益犯罪人的主观恶性大于侵犯管理秩序犯罪人的主观恶性。这是与人性相关的客观事实,它决定立法上废除死刑对暴力罪与非暴力罪有时段差异(这近乎国际共性)。司法实践有所体现是理所当然。总体审视有导向作用,但不能机械等同于个案量定。个案情况多种多样,需要认真细致对待。以往实践中出现过一些社会广泛关注受到公众质疑的案件,问题原因复杂,我以为主要是程序问题。只要在实体法犯罪构成相关证据确实充分的基础上,诉讼中切实保障被告方能够充分行使辩护权,在事实和规范、定罪和量刑诸方面真正做到控辩双方展开充分博弈,法官不受外界(从权力到媒体)干扰,忠于法律凭借

常理适用法律作出裁判,定会达成法律效果与社会效果兼优的公众期待。

司法实践中易于触动公众神经激发网民情绪的是如何对待杀与不杀命案中的犯罪分子。需要特别警惕防止两种倾向:既不能一味强调“杀人偿命”单纯报复观念义气用事,也不能超越正义底限无视现实国情民意而宽恕显属罪大恶极的犯罪分子。这与宽严相济刑事政策相一致。

司法官办理死刑案件时,须始终秉持“控制死刑”的理念,这是时代发展趋势和社会文明进步的要求。

四、余论:但愿不算多余的话

上述内容以现实国情为背景展开,死刑罪案基数众多,为达“少杀”目标,阻力最小的办法首推“死缓”适用,从而必定导致死缓总数达到相当可观的程度。

刑法修正案(八)规定,“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”司法实践中,对这1加8类死缓犯实行限制减刑的大大多于不限制减刑的。限制减刑后实际执行的最少期限,缓期执行期满后依法减为无期徒刑的,不少于25年;缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的,不少于20年。与刑法修正案(八)实施以前死缓犯实际执行的刑期相比,将分别延长11年和6年。对不限制减刑的,实际执行的期限,相比修正案(八)施行前也有相应增长。另外,修正案(八)将无期徒刑罪犯减刑和假释以后的实际执行的刑期也比修正案(八)实施前延长3年。刑法修正案(八)为解决“死刑过重、生刑过轻”(生死两重天)问题,“少杀长押”,平衡刑罚结构。这样做,体现刑法正义。

可以料定,在未来的十余年时期内,监狱关押的长刑犯(刑期15年以上的)将逐年增长,这对押犯数量、结构变化、监狱硬件设施变化、监狱干部数量素质变化以及监狱管理和教育矫正方式变化将产生重大影响。可略举一二予以陈述。现代刑法价值功能主要由监禁刑承载。监禁刑是现代刑罚体系中最昂贵的刑种,关押限制减刑的死缓犯的最高戒备监狱尤其明显,从监区设施到管理人员人力资源都是高成本投入。问题是效益将会如何,能成正比吗?对死缓犯行刑的预设目的是矫正还是惩罚?矫正目的是为以后重返社会,而矫正手段却是与社会严密隔离,目的与手段构成南辕北辙关系。破解此种悖论的出路便是行刑社会化。这对死缓犯根本不可行。于是剩下来的只有严加监禁——惩罚。监狱行刑实践经验显示,一个犯人持续隔离社会达15年左右,性情常会变得孤僻,以致精神崩溃,绝望与疯狂同在,出现自残自杀,或者杀人伤人。这种景象难说人道。狱中非正常死亡事故,是监狱管理中的一个非常麻烦的大问题。当今世界国际主流社会进行的监狱改革,共同方向是监狱规模小型化,监狱管理人性化,推行社区矫正,行刑社会化。显然,关押死缓犯的最高戒备监狱将面临诸多深层难题,须经受考验。或许这类监狱可视为常规监禁设施以外的另类。诚盼东方智慧能予圆场,足矣!但无论如何,加重生刑(长押)作法的合理性与可行性还有待实践的检验。

通常认为,死刑缓期执行制度是中国的独创。所谓独创,实质也是无奈之举,因为制度产生的前提是死刑判决太多。不妨设想,假如死刑判决一年只有很少几件或几十件,还用得着设计死缓制度吗?现实就是现实,利于解决现实问题就有需要,就有价值。死缓制度在一定历史阶段有其必要性和合理性,但不会长此以往,老是这样。

杀人(死刑立即执行)须减少,监狱人口(包括长刑犯人)也应减少。这是历史演进、人道意识增强的必然要求。

当前贯彻死刑政策,司法机关力求“少杀”(少判死刑立即执行),重视结果。随着社会的发展、人权观念普及,时间不会太长,贯彻死刑政策,司法机关将会对涉及刑法死罪案件进一步“少判”死刑,即不必引用刑法第48条,从源头上径直限制死刑,不留尾巴(即不再判处死刑缓期执行)。这在逻辑上涉及对刑法第48条“罪行极其严重”的政策性把控。其实,“罪行”是指客观事实;而“极其严重”则是一种道义价值评断,属主体主观范畴,可随不同时空条件而变异。例如,相同“罪行”在彼时(彼地)被认为“极其严重”,在此时(此地)则可被认为不够“极其严重”。随着社会进步和文明程度提高,死刑的有用性和正当性评价将逐渐降低。在刑事司法中对“罪行极其严重”死刑标准的把控将日益“严紧”,与此相连的便是对“不是必须立即执行”的“犯罪分子”尺度也将逐渐“放宽”掌握。这种两端分化可戏称死刑政策的“宽严相济”。

对死罪案件,由“少杀”(判处死刑但适用死缓)到“少判”(缩小判死刑的规模)再到“不判”(不再判处死刑),这是司法控制死刑的三个演进阶段。由“少杀”到“少判”,历时无需太长。再由“少判”到“不判”,短期内难以成就,但也不是不可能。从罪的类型看,其间难易程度差别悬殊,非暴力罪完全不适用死刑可能为时不远,当然并不容易。暴力罪另当别论。

司法实践中,无论是少杀或少判,有些案件总会遇到不被公众认同。这是正常现象。关键是判决要充分说理。民意作为公众(不是小众)对公共事务(不是非公共事务)的愿望(符合历史愿景)应当被尊重,当遇有需要破解纠结处理分歧等问题时,民意也需要理性引导。司法控制死刑的过程始终与民意协调一致同步共进。

人口众多幅员辽阔的我国,死刑制度改革必然经历一个较长时期由司法到立法的渐进过程,国家司法机关的有效运作必将促进这一过程的加速完成。

(责任编辑:江 溯)