

法学论坛

论死缓限制减刑的本质与适用

贾银生

(西南科技大学, 绵阳 621010)

摘要:死缓限制减刑在本质上属于不同于死缓的刑罚执行制度,也属于一种量刑制度。在适用前提下,首先要将死缓限制减刑定位于死刑的替代措施,只针对“死刑过重”而非“生刑过轻”;其次,死缓限制减刑在死刑体系中的逻辑应当以死缓—死缓限制减刑—死刑立即执行为顺位;再次,适用死缓限制减刑还要明确死缓的适用范围。在具体适用标准上,被判处死缓的“累犯”的前罪与后罪都应当限定为暴力性犯罪;被判处死缓的“有组织的暴力性犯罪”只包含故意伤害致人死亡的犯罪行为;“犯罪情节等情况”只包含在“累犯+8种犯罪”基础上的从重情形。

关键词:死缓限制减刑;死刑过重;逻辑顺位;犯罪情节等情况

中图分类号:DF639 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-9502(2016)01-023-13

为贯彻少杀慎杀的死刑政策和弥补刑罚执行“生刑过轻”、“生死落差过大”的现象,《刑法修正案(八)》在死缓制度的基础上增设死缓限制减刑制度。与死缓制度相比,两者有明显的区别:死缓限制减刑犯需要在两年考验期通过后被“限制”减刑,至少需要服刑20年或25年之久,而死缓犯就不需要如此。如刘志军因犯受贿罪、滥用职权罪,于2013年7月8日被判处死缓,2015年12月11日被减为无期徒刑,只要其今后继续遵守监规、服从改造或悔改表现良好,即使社会舆论再强烈,也不会出现再继续服刑至少20年或25年的情况,更不会出现适用死缓终身监禁的情形,或许再服刑16-18年就可以出狱。再如,最高人民法院发布的指导性案例中“王志才故意杀人案”与“李飞故意杀人案”,罪犯王志才与李飞,两年考验期后减为无期徒刑,但今后需要被“限制”减刑,且至少服刑25年。

本文重点探讨死缓限制减刑制度的本质、适用前提和具体适用标准。从表面上看,死缓限制减刑确实起到了平衡司法实践中“死刑过重”和“生刑过轻”的现象,但从实质看,其不合理之处也彰显无遗。笔者试图廓清死缓限制减刑制度的本质与适用,并求教于方家。

作者单位:西南科技大学法学院 收稿日期:2016-11-31

黄洁:《刘志军薄谷开来均获减刑——死刑缓期执行减为无期徒刑》,《法制日报》2015年12月15日。

一、死缓限制减刑的本质

(一) 死缓限制减刑属于不同于死缓的刑罚执行制度

基本可以肯定,死缓限制减刑属于刑罚的执行制度。但死缓限制减刑是死缓制度的范畴、属于特殊的死缓制度(特殊死缓制度说),还是与死缓并列、属于死刑执行的另一种方式(死刑另一执行方式说),则有必要厘清。

主张特殊死缓制度说的理由是:限制减刑尽管其在实质内容上属于减刑问题,但它不是对原判刑罚判决生效后的行刑制度,而是对死缓罪犯刑罚判决的特别附加内容,是对死刑缓期执行期满后减刑的限制性规定。主张死刑另一执行方式说的理由在于:死缓限制减刑的决定时间是判处死缓的同时,而不是死缓考验期满之后;决定是否判处死缓限制减刑的标准不是罪犯在死缓考验期内的表现,而是其在被判处死缓之前的表现;被判处死缓限制减刑的罪犯,实际服刑至少要达到22年或27年,而死缓罪犯通常只要实际执行14至18年;死缓限制减刑的立法目的并非单纯加重“生刑”,而是为进一步严格执行死刑政策创造法律和制度条件。

特殊死缓制度说的观点颇有道理。从《刑法》第48条、第49条、第51条来看,我国死刑体系确实只有死缓和死刑立即执行。死缓限制减刑的条文表述存在于死缓的法律后果中,确实应当认为是死缓的组成部分、是一种特殊的死缓制度。但我们认为,将死缓限制减刑理解为与死缓有别的另一种死刑执行方式更合适。

死刑另一执行方式说的观点我们予以支持,但还需要在此基础上进一步论证:死缓限制减刑在立法上的首要目的是限制过重的死刑,这是第一。第二,从最高人民法院发布的指导性案例来看,死缓限制减刑在法律后果上,无疑成为死刑立即执行和死缓的过渡刑罚。

第三,死缓限制减刑在法院裁判时同时作出,属于量刑方面的问题。其适用条件中的“累犯+8种犯罪”属于影响预防刑的情节,但“犯罪情节等情况”里面不但包含“被害人谅解”、“自首”、“坦白”等表明预防刑的情节,同时还有“手段残忍”、“社会影响极其恶劣”等表明责任刑的情节。法院在作出限制减刑裁判时不可能只依据犯罪人在犯罪前、犯罪时或犯罪后被侦查、审查起诉或审判时的表现等裁量预防刑,还要看犯罪手段、作案时间、作案场所、社会危害性等影响责任刑的情节。而死缓的适用条件上没有“累犯+8种犯罪”、也没有“犯罪情节等情况”,这充分说明两者在量刑上所依据的内容明显不同、在法律后果上也自然不同。

第四,根据《刑法》第48条第1款,死缓存在的一般前提是要有自首等表明“不是必须立即执行”的情节。如果不将死缓与死缓限制减刑独立起来看,则会和自首制度与减刑制度相冲突。换句话说,如果认为死缓限制减刑属于死缓范畴,当限制减刑犯有自首情节时,就可以在无期徒刑或有期徒刑的基础上量刑。而这样,死缓限制减刑和死缓存在的意义也就不大了。

第五,死缓和死缓限制减刑虽然都属于死刑体系范畴、都是刑罚执行制度,但死缓的

刘德法:《论我国刑法中的限制减刑》,《政法论丛》2012年第1期。

黎宏:《死缓限制减刑及其适用—以最高人民法院发布的两个指导案例为切入点》,《法学研究》2013年第5期。

方文军:《死刑缓期执行限制减刑制度的司法适用》,《法律适用》2011年第8期。

特殊本质是作为“有条件地暂缓原判决执行”的缓刑，而死缓限制减刑的特殊本质在于死缓考验期后有条件的“限制”减刑。

第六，死缓和死缓限制减刑的刑罚后果也不一样。死缓的最低刑期只有14年，犯罪人看到了出去的希望，具有矫正的意义。正是于此，日本学者早已对我国的死缓制度有所青睐。而死缓限制减刑在事实上不具有矫正意义，让限制减刑犯“由喜到悲”：喜的是捡回一条命，悲的是至少22年或27年的时光怎么度过、还能不能活着走出去。

第七，社会公众对死缓和死缓限制减刑的“感情”也不一样。因暴力性犯罪被适用死缓的犯罪人不但在判决后容易被媒体质疑，甚至被减刑以后也容易受到媒体的质疑。如2012年8月19日因故意杀人罪被判处死缓的薄谷开来，于2015年12月11日被减为无期徒刑，引发了不少媒体的质疑——薄谷开来是否享受了“特殊待遇”，是否只需要服刑15年左右就可以出狱。笔者认为，媒体无非两点意思：第一个意思是，薄谷开来和刘志军由同一个法院在同一天减刑，似乎有点“猫腻”；第二个意思是重点，薄谷开来故意杀人，情节恶劣，本来就“该死”，一旦减为无期徒刑，就意味着离出狱的日子不远了。简言之，死缓的刑罚力度有点“过轻”。因暴力性犯罪被适用死缓限制减刑的犯罪人则不但不容易受到媒体的质疑，反而媒体会认为死缓限制减刑是好的，至少可以关押犯罪人22年或27年，可以有效惩罚犯罪。典型的就《刑法修正案（八）》通过以后的1年内，全国30家媒体争相报道各地的首例死缓限制减刑案，并对死缓限制减刑作出较高评价。

（二）死缓限制减刑属于量刑制度

死缓限制减刑在本质上属于刑罚变更措施（刑罚变更说）还是量刑制度（量刑制度说），在目前存在争议。刑罚变更说认为死缓限制减刑属于刑罚变更措施，是死缓考验期满以后关于限制减刑的程序性问题。主要理由在于：（1）法院裁决所根据的事实既包括犯罪事实，也更包括犯罪人在死缓考验期间的表现。（2）该条款中的“同时”，应指在死缓减为自由刑的同时，而非审判阶段进行刑罚宣告的同时。（3）从充分发挥限制减刑的功效看，在死缓减为自由刑阶段作出裁决，也有益于形成有说服力的裁判，并且会使限制减刑的标准明确得多。量刑制度说认为：死缓限制减刑是根据犯罪人的犯罪性质与再犯可能性作出的，在本质上属于量刑制度。

刑罚变更说的观点虽然颇有新意，但笔者仍然难以支持。“对规范的解释应尽可能避免使规范之间出现冲突。”该学说对“同时”的解释明显不尊重文意：一、如果认为人民法院可以在死缓考验期结束后同时决定限制减刑，那么“同时”这两个字就完全多余，该条

何显兵：《死缓制度研究》，中国政法大学出版社2013年版，第47页。

[日]野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第114页。

《薄谷开来、刘志军减刑是否享受了“特殊待遇”》，<http://news.jschina.com.cn/system/2015/12/15/027354067.shtml>。央广网，2015年12月15日访问。

值得说明的是，社会公众对死缓和死缓限制减刑分别体现出不同的感情，最主要的原因在于社会公众对死刑的认同，如果一定要与死刑妥协，那么死缓限制减刑无疑比死缓好得多。

黎军、杨文滔：《死缓限制减刑制度的初步检视——基于中级法院司法实践的考察》，载于万鄂湘编：《建设公平正义社会与刑事法律适用问题研究——全国法院第24届学术讨论会获奖论文集》（上册），人民法院出版社2012年版，第1217页。

时延安：《论死缓犯限制减刑的程序问题——从对〈刑法〉第50条第2款的法理分析引入》，《法学》2012年第5期。

张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第481页。

[德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第57页。

直接为“人民法院根据犯罪情节等情况可以决定对其限制减刑”就行了。二、如果将“同时”理解为在死缓考验期结束后决定限制减刑，明显与《刑法》第78条第3款重复。易言之，如果按《刑法》第78条第3款的规定，在死缓考验期结束后限制减刑，那么《刑法》第50条第2款中“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”完全可以不要。三、根据《刑法修正案（九）》第44条第4款关于贪污受贿犯罪终身监禁的规定：“人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。”该条可以说是对《刑法》第50条第2款进行了补正解释。该条中的“同时”是直接表明在判决的同时。

其次，学界和实务界对“犯罪情节等情况”的理解虽然争议不断，但基本都没有将其理解为犯罪人死缓考验期内的表现。毕竟《刑法》第50条第1款已经对犯罪人在死缓考验期间的表现情况作出明确规定：只要没有故意犯罪就可以减为无期徒刑；即使有故意犯罪，根据《刑法修正案（九）》第2条之规定，也要区分情节是否恶劣。如果情节恶劣，且没有重大立功，死缓考验期满后执行死刑即可；如果情节较为恶劣，死刑缓期执行的期间重新计算即可；如果是情节较轻的故意犯罪或过失犯罪，根据数罪并罚原理，仍然执行死缓即可。如果认为“犯罪情节等情况”主要是指罪犯在死缓考验期内的表现，那么因为表现不好时常言语顶撞狱警或过失性犯罪、较轻的故意犯罪而被限制减刑，在法律后果上明显与刑法第50条第1款的立法精神相违背，造成在死缓考验期间无罪或轻罪重处罚，故意犯罪较恶劣却轻处罚的悖论。

再次，在死缓考验期满减为自由刑以后根据“犯罪情节等情况”考虑是否限制减刑也并非“限制减刑的适用标准更明确”。根据《刑法》第78条第1款的规定，减刑的条件是犯罪人“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，有立功、重大立功表现”。如果限制减刑犯没有这些条件，那就不应当减刑，更谈不上限制减刑。如果认为“犯罪情节等情况”主要是指死缓考验期内的表现，则会造成这样的结局：对限制减刑犯来说，即使在死缓考验期内表现不好，不认真遵守监规、不接受教育改造、没有悔改表现等也可以减刑，只不过有所限制而已；而其他犯罪人则必须“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，有立功、重大立功表现”才能减刑。这无疑又造成了一个悖论：一般犯人减刑难度大，而死缓限制减刑犯难度小。同时，这也明显不利于监狱对犯罪人尤其是死缓限制减刑的犯罪人的管理。

我们主张死缓限制减刑属于量刑制度。根据在于：其一，死缓限制减刑作为限制死刑适用的新生制度，在责任刑上超过死缓的执行标准，接近或达到死刑立即执行的标准。其二，死缓限制减刑为了填补死缓和死刑立即执行之间过大的间隙，在预防刑情节上有“累犯+8种犯罪”以及“是否自首”、“悔罪态度”、“是否积极赔偿并获得被害人谅解”等不利情节。这些不利的预防刑情节在总体上高于死缓的预防刑情节。其三，对死缓犯的限制减刑是在法院裁判时一并宣告。虽然从表面上看，重心是在“减刑”上，但真正的重心是在“限制”上。就像《刑法修正案（九）》第44条第4款的重心在“终身监禁”上一样。其四，之所以宣告死缓限制减刑的重心在“限制”上，是基于在责任刑之下的预防刑的裁量。简单地说，由于“累犯+8种犯罪”直接表明死缓限制减刑犯的再犯可能性很大，因而要“限制”减刑。也正是“累犯+8种犯罪”表明犯罪人的再犯可能性很大，所以刑法第74条规定，累犯不得适用缓刑；《刑法》第81条规定，“累犯+8种犯罪”的犯罪人被判处10年以上有期徒刑或无期徒刑便不能假释。

二、死缓限制减刑的适用前提

(一) 将死缓限制减刑定位于死刑的替代措施, 只针对“死刑过重”, 而非“生刑过轻”

死刑替代措施的概念在我国刑法学上主要存在两种争议: 第一种观点认为, 死刑的替代措施即是在司法适用上替代死刑立即执行的刑罚措施; 第二种观点认为, 死刑的替代措施是在立法上废除死刑后代替死刑的刑罚措施。应当认为, 第一种观点在当下更具有合理性。《刑法修正案(九)》通过后, 我国目前还有46个死刑罪名。虽然在立法上顺应着国际废除死刑的潮流, 但这46个死刑罪名中还有不少非暴力性犯罪存在, 如贪污受贿犯罪。如果要废除这些非暴力性犯罪的死刑, 可能还需要后续刑法修正案出台或者更长时间。当这些非暴力犯罪的死刑全部废除后, 真正废除暴力性犯罪的死刑, 难度还更高, 毕竟“杀人偿命”的观念千百年来一直根植于国民的思想中。废除这类犯罪的死刑虽然不能完全考虑民意, 但民意对立法有举足轻重的作用, 如果贸然废除, 势必会引发政治动乱。因而, 在目前立法上保留死刑的条件下, 应当更加注重从司法上废除死刑。像韩国那样, 近20年来没有执行一例死刑; 像印度那样, 自2004年执行最后一例死刑犯以后, 至今再也没有执行死刑。

死刑替代措施的具体内容, 学界虽然也有争议。但至少死缓制度属于死刑的替代措施这一点没有争议。死缓限制减刑在死缓的基础上产生, 虽然刑罚力度重于死缓, 但在本质上也是一种生刑, 无疑也属于在司法上代替死刑的措施。作为死刑的替代措施之一, 死缓限制减刑的目的旨在限制过重的死刑, 而非过轻的生刑。我国死刑过重, 这已是一个不争的事实。另外, 我国生刑只存在过重, 而不存在过轻。根据实务部门调查, 在《刑法修正案(八)》以前, 我国死缓犯的服刑期限一般最低14年、平均18年; 无期徒刑最低12年, 平均16年。《刑法修正案(八)》通过后, 不但设立了死缓限制减刑制度, 还将死缓和无期徒刑、有期徒刑的刑期都延长: 死缓最低执行期限要15-16年; 无期徒刑的最低执行期限为13-14年, 有期徒刑数罪并罚最高可达25年。并且, 自《刑法修正案(八)》以来, 我国现行刑法分则规定的451种具体犯罪中, 能够适用无期徒刑的具体犯罪有99种, 约占全部具体犯罪的21.95%; 法定最高刑为有期徒刑10年的具体犯罪有68种, 约占全部具体犯罪的15.08%。这充分说明, 我国刑法中的生刑已经很重了。

高铭暄:《略论中国刑法中的死刑替代措施》,《河北法学》2008年第2期。

李希慧:《论死刑的替代措施——以我国刑法立法为基点》,《河北法学》2008年第2期。

刘仁文:《死刑的温度》,《生活、读书、新知》,三联书店2014年版,第117—118页。

有论者认为,我国刑法中只有普通死缓制度才是死刑的替代措施。张心向:《在悄无声息中进行的死刑变革——作为我国死刑替代性措施的死缓制度考量》,载于赵秉志主编:《刑法论丛》,法律出版社2009年版,第177页;有论者认为,应当以无期徒刑作为死刑的替代措施。赵秉志:《中国死刑替代措施要论》,《学术交流》2008年第9期;有论者认为,应当以如15年以上、20年以下并且负赔偿的长期自由刑作为死刑的替代措施。高铭暄:《略论中国刑法中的死刑替代措施》,《河北法学》,2008年第2期;还有论者认为,应当增设终生监禁刑作为死刑的替代措施。姜涛:《死刑废除与刑罚制度的立法完善》,《人民检察》2010年第21期。

黎军、杨文滔:《死缓限制减刑制度的初步检视——基于中级法院司法实践的考察》,载于万鄂湘编:《建设公平正义社会与刑事法律适用问题研究——全国法院第24届学术讨论会获奖论文集(上册)》,人民法院出版社2012年版,第1211页。

时延安:《论死缓犯限制减刑的程序问题——从对〈刑法〉第50条第2款的法理分析引入》,《法学》2012年第5期。

一般而言，15-20年的刑期已经是生刑的极限，被关押15-20年的犯罪人出狱以后鲜有再犯罪的能力和现象，已经完全达到特殊预防的目的。以下数据可以充分说明：在德国，根据利普曼教授的实证研究表明，“经过20年的关押后，犯人的的人格通常遭到破坏，既无气力，也无感情，成为机器和废人。”在日本，根据2005年的统计数据表明，一般刑法犯中，被关押10年左右的犯罪人有相同前科的占13.8%。其中故意杀人罪的再犯罪率为3.8%、伤害致死罪的再犯罪率为4%、放火罪为7%、强盗罪为9%、强盗致死罪为9.8%。在美国，“长期受刑者中的75%在过去5年内没有在监狱内实施暴力行为，其中的35%在过去2年内没有违反任何监狱规则。”在我国，根据山东省监狱管理局2004年的调查结果显示，重新犯罪的人中，前次犯罪判处10-15年的占总数的7.4%，15-20年的占总数的2.5%，无期徒刑、死缓的占总数的0.4%；根据福建省监狱管理部门2005年的调查结果显示，重新犯罪的人中，前次犯罪判处10年以上有期徒刑的占9.5%，前次犯罪判处无期徒刑的占1.5%，前次犯罪判处死缓的为0。

正如有学者所言，“在我国，生刑过轻其实是个伪命题，司法实践中对犯罪人判处的生刑也不存在过轻的情况，而造成‘生刑过轻’的根源则完全在于人们认识上的偏差以及刑罚执行制度和实践中出现的偏差。”于是，我们可以得出，死缓限制减刑和普通死缓一样，都属于死刑的替代措施，其适用的目的只是针对“死刑过重”，而非“生刑过轻”。

（二）死缓限制减刑在死刑体系中的逻辑顺位为死缓—死缓限制减刑—死刑立即执行

死刑体系中的逻辑顺位一直是困扰学界与实务界的难题。其逻辑顺位的排序，常见的有如下三种情形：第一种，死刑立即执行—死缓—死缓限制减刑；第二种，死刑立即执行—死缓限制减刑—死缓；第三种，死缓—死缓限制减刑—死刑立即执行。

主流观点认为，死缓限制减刑应当在死刑体系中排位最末，即死刑体系排位顺序为死刑立即执行—死缓—死缓限制减刑。最高人民法院的两个指导性案例的量刑进路就是典型的代表。也有学者支持这样的观点，并且认为，“并非对于刑法所列举的各种被判处死刑缓期执行的犯罪分子一概适用限制减刑，而只有对于那些本来应当判处死刑立即执行，因为存在着某些从轻情节，而判处一般的死刑缓期执行又不足以体现罪刑相适应原则的犯罪分子，才能适用限制减刑的规定。”

从《刑法》第48条第1款与刑法第50条第1款、第2款的条文排序上来看，上述观点确有立法上的支持。但这是明显不合理的。首先，这种排位方式表明，裁量死刑的思维进路是由重到轻再到重，以迂回的方式思考和裁量刑罚。这明显不合逻辑。其次，这种排位方式无疑认为死缓限制减刑其实就是附属于死缓范畴的，只不过是例外的适用而已。而实务部门却基本一致认为死缓与死缓限制减刑之间在有责的违法性层次上是独立的，死缓限

刘仁文：《死刑的温度》，《生活、读书、新知》三联书店2014年版，第105—106页。

张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第442页。

G. Wilson F. Vito: Long-Term Inmates: Special Needs and Management Considerations, Federal Probation. Sep. 1998. p23.

张明楷：《死刑的废止不需要终身刑替代》，《法学研究》2008年第2期。

欧洲华、陈晓斌、陈名俊：《福建省刑满释放人员重新犯罪问题研究》，《福建公安高等专科学校学报》2007年第3期。

刘宪权：《限制或废除死刑与提高生刑期限关系论》，《政法论坛》2012年第3期。

陈兴良：《死刑适用的司法控制—以首批刑事指导案例为视角》，《法学》2013年第2期。

制减刑的责任刑重于死缓。上述学者也认为，“限制减刑实际上在死刑立即执行与死刑缓期执行之间又增加了一个裁量的层次。”这无疑前后矛盾。再次，这种排序方式有加重死缓限制减刑适用的嫌疑。不少人士认为，我国刑法死刑过重、死缓和死刑立即执行之间的生死落差过大。为了响应少杀慎杀的死刑政策，也为了填补生死落差的漏洞，当罪犯罪当处死但又罪不至死时，最好的方式就是死缓限制减刑。这样，一旦认为死刑立即执行过重或死缓过轻，就都适用死缓限制减刑，无疑加重了死缓限制减刑的适用范围。

有学者认为，“死缓限制减刑实际上是在死刑立即执行和死缓的基础上增加了一个量刑层次，按照《刑法》第62条和第63条所奠定的从轻或者减轻处罚时，应当由重到轻、顺序递减选择量刑幅度的一般原则，在确定对被告人判处何种形式的死缓时，首先应当考虑是否适用轻于死刑立即执行但重于死缓的死缓限制减刑。”按照其观点，死刑体系应当以死刑立即执行——死缓限制减刑——死缓为逻辑顺位。

该学者的观点可以说是目前的有力观点。但我们认为，这样的排序方式仍然有缺陷。我们赞同死缓限制减刑实际是位于死缓和死刑立即执行之间的一个量刑层次，但正是因为它是一个独立的量刑层次，就说明死缓和死缓限制减刑、死刑立即执行三者之间在责任刑上是有轻重区别的。无论根据点的理论还是幅的理论，在确定责任刑时原则上都是由轻到重来裁量的，而不是由重到轻来裁量。另外，减轻处罚主要是责任刑的裁量，说明犯罪人有责的违法性降低，才在法定刑之下减轻处罚，如从犯、未遂犯等。虽然刑法总则中规定减轻处罚，但并没有在减轻处罚之前规定“加重处罚”，只是在分则中例外的规定结果加重犯、情节加重犯、身份加重犯等，也说明责任刑的裁量在原则上应当先轻后重。再者，法定的从重、从轻处罚事实上主要是预防刑的裁量。而根据预防刑的裁量原则，只有表明预防刑存在轻重叠加情形时，才先从重后从轻。

还有学者认为，对《刑法》第48条的解释应当以死缓为通例、以死刑立即执行为例外，死缓限制减刑在死刑体系中应当以死缓——死缓限制减刑——死刑立即执行为逻辑顺位。这样的好处在于：一方面，优先考虑死缓，可以严格限制死刑立即执行的适用，合理分配举证责任。另一方面，可以避免“死刑立即执行——死缓——死缓限制减刑”这一由重到轻再到重的逻辑错误。再一方面，还可以合理界定“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”各自所应考虑的因素。

我们支持该学者的观点，对该学者的论证在此就不详细列举。但这样的逻辑顺路还可以用刑法的体系解释来论证：从《刑法》第65条对一般累犯与特别累犯的规定来看，累犯的加重刑罚事由是由轻到重。从《刑法》第67条对自首与坦白的规定、第78条对一般减刑与限制减刑的规定、第81条对可以假释和不得假释的规定可以看出，这些制度的适用都

最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例4号<王志才故意杀人案>的理解与参照》，《人民司法》2012年第7期。

陈兴良：《死刑适用的司法控制——以首批刑事指导案例为视角》，《法学》2013年第2期。

黎宏：《死缓限制减刑及其适用——以最高人民法院发布的两个指导案例为切入点》，《法学研究》2013年第5期。

[德]弗兰茨·施特伦：《德国量刑理论的基本问题与最新进展》，陈学、勇罗灿编译，《人民法院报》2014年6月6日，第8版。

张明楷：《论预防刑的裁量》，《现代法学》2015年第1期。

劳东燕：《死刑适用标准的体系化构造》，《法学研究》2015年第1期。

是以对犯罪人从有利到不利为逻辑顺位的。同时，刑法分则中的法定刑档次安排都是由轻到重。如故意伤害罪，第一档为3年以下有期徒刑、拘役或者管制，第二档为3年以上10年以下有期徒刑，第三档为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。还有，刑法分则中，个罪中的法定刑幅度顺位除了故意杀人罪这个唯一的特例以外，其他都是由轻到重的，如3年以上10年以下、10年以上有期徒刑或无期徒刑等。从体系解释的角度来说，死缓限制减刑在死刑体系中的逻辑顺位应当为死缓——死缓限制减刑——死刑立即执行。

（三）适用死缓限制减刑应当先明确死缓的适用范围

前文已述，在死刑体系的逻辑顺位中，应当以死缓为开头，然后死缓限制减刑，最后以死刑立即执行为例外。那么在死刑体系三层次的界分上，就应当首先考虑死缓的适用范围。从《刑法》第48条第1款的条文表述来看，如何明确适用死缓的范围，应当采取倒推法。同时，明确两个核心要素：一是“死刑”，二是“罪行极其严重”。

1.“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”只表明死刑体系的基本标准，是死缓适用的基本范围

最高人民法院认为，“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”中的“死刑”就是指死刑立即执行。学界中，通说也持这样的观点。理由在于：“罪行极其严重”表明犯罪分子的犯罪性质、犯罪情节和主观恶性等都极其严重，应当判处死刑立即执行。也就是说，作为死刑立即执行的“罪行极其严重”是将1979年刑法中的“罪大恶极”具体化，以表明犯罪人的犯罪性质、社会危害性、主观恶性和人生危险性都极大。

第一，通说的观点明显不能让人满意：该观点必然在死刑体系的逻辑进路上以“死刑立即执行——死缓——死缓限制减刑”为顺位。而如前文所述，这种逻辑顺位不但逻辑混乱，还导致死缓限制减刑与死缓在适用层次上产生矛盾，更在实质上有扩大死缓限制减刑适用的嫌疑。

第二，既然“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”中的“死刑”就是指死刑立即执行，该款后一句中的两个“死刑”也必然是指死刑立即执行。不然就会前后矛盾。而对“可以判处死刑同时宣告缓期两年执行”中的“死刑”理解为死刑立即执行后，就成了“可以判处死刑立即执行同时宣告缓期两年执行”。很明显，这又是矛盾的。

第三，“人身危险性”，虽然在实务界中运用混乱，但学界早已基本一致认为是指再犯可能性。也就是说，“人身危险性”这一概念的关键点是“危险”，而不是已经造成的现实侵害结果。既然是“危险”，就说明法益侵害结果没有发生，只针对将来可能造成的侵害结果。而“罪行极其严重”中的“罪行”，简单地说就是指犯罪的行为，或者说是犯罪人在犯罪过程中有罪的违法性行为；“严重”是指行为人的违法行为实施后所造成的客观损害结果严重。在此说来，“罪行极其严重”这一概念中并没有犯罪人再犯可能性的体现，也没有人身危险性之谈。

第四，“主观恶性”与“社会危害性”都是完全不好评价的标准。“主观恶性”一般是

吴照美、张琳：《死缓适用标准的实证研究——以刑事指导案例为视角的分析》，《中国刑事法杂志》2014年第6期。

高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第236页。

高铭喧：《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。

赵秉志、黄晓亮：《论死刑适用标准的统一化问题——以限制死刑适用为立场》，《政治与法律》2008年第11期。

游伟、陆建红：《人身危险性在我国刑法中的功能定位》，《法学研究》2004年第4期。

黎宏：《死缓限制减刑及其适用——以最高人民法院发布的两个指导案例为切入点》，《法学研究》2013年第5期。

指犯罪人犯罪动机卑劣，思想上严重反社会、反伦理道德。但犯罪人卑劣的动机和反社会、反伦理道德的思想究竟是在罪前、罪中、罪后，还是整个犯罪过程所体现出来的，在目前，没有明确的标准。与其如此，还不如将其归入再犯可能性里，或者直接废除这一概念。“社会危害性”一般是指犯罪人的行为给社会造成的影响。从概念上看，“社会危害性”确实是对犯罪人进行非难的根据。但问题是如何评价：如果行为人在公共场所杀害1个人就是社会危害性极大，那么杀5个人或10个人时又应该如何评价呢？如果行为并非在公共场所杀人而是潜入被害人家里或者在荒郊野外杀人，他的社会危害性又应当如何评价呢？根据存疑有利于被告原则，过于抽象模糊的评价标准应当被取消。

基于以上分析，我们认为，“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”中的“死刑”是指死刑体系或死刑范畴，而非死刑立即执行；“罪行极其严重”只表明犯罪人有责的违法性极其严重，不表明再犯可能性，并非死刑立即执行的标准，而是死刑体系的基本标准，是死缓适用的基本标准。

2.“如果不是必须立即执行”是死缓的实质范围

前文已述，对死缓适用范围的理解要采取逆推法。鉴于“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”已经分析，现就“应当判处死刑的犯罪分子”与“如果不是必须立即执行的”分析如下：

对“应当判处死刑的犯罪分子”进行理解的关键在于对“死刑”的理解，这涉及到与“如果不是必须立即执行的”的逻辑关系。通说认为，“应当判处死刑的犯罪分子”中的“死刑”也是指死刑立即执行。这里我们表示赞同。换句话说，这半句是死刑立即执行的关键依据。鉴于“应当判处死刑的犯罪分子”是死刑立即执行的关键和具体标准，那么“如果不是必须立即执行的”，也就自然是死缓适用范围的关键依据。而“不是必须立即执行”如何理解，其范围有哪些，具体标准又是哪些，学界说法莫衷一是，具体有“必经程序论”、“先例标准论”、“宽恕论”、“法条解释论”等之间的争议。必经程序论主张将死缓作为死刑立即执行的必经程序。先例标准论主张“不是必须立即执行”应当以法院所判的先例为标准。“宽恕论”有广义和狭义之分，广义的宽恕论认为，“不是必须立即执行”是指死缓犯有值得人们宽恕的情形；狭义的宽恕论认为，“不是必须立即执行”是指犯罪人获得被害人家属宽恕的情形。法条解释论者有的主张通过解释“罪行极其严重”中何为“罪大”、何为“恶极”以及“恶极”的程度来解释“不是必须立即执行”。也有的主张从正面解释，即通过列举“不是必须立即执行”的所有情节以及法律法规和司法解释，进行逐一解释。

在以上观点中，“必经程序论”虽然严格限制死刑立即执行，但并没有对“不是必须立即执行”作出实质性的解释，好听但不好用。“先例标准论”在我国这样的制定法国家是明显行不通的。并且，先例也有存在错误的地方，不然像指导案例中的“王志才故意杀人案”和“李飞故意杀人案”就不会饱受学界批判。“宽恕论”也没有对“不是必须立即执行”提

张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第372页。

高铭喧、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第236页。

卢建平：《死缓制度的刑事政策意义及其扩张》，《法学家》2004年第5期。

赵兴洪：《确立先例标准促进死缓适用之规范化》，《法学》2009年第11期。

叶良芳：《死缓适用之实质标准新探》，《法商研究》2012年第5期。

黎宏：《死刑缓期执行制度新解》，《法商研究》2009年第4期。

何显兵：《死缓制度研究》，中国政法大学出版社2013年版，第140-153页。

出实质具体的标准，且用被害人或民众的态度来决定一个人的生死未免忽视了罪刑法定原则。法条解释论是合理的，尤其是从正面入手，以列举的方式逐一解释，虽然难度较大，但并非可行性低。站在法条解释论的角度上，死缓的适用范围应当是在符合死刑体系基本标准的基础上有如下条件：(1) 在共同犯罪中即使是主犯但不是最严重的；(2) 在其他同类判处死刑立即执行的案件中不是最严重的；(3) 犯罪动机有令人怜悯的、值得留有余地的，或全家都可能判处死刑立即执行的；(4) 犯罪后有自首、准自首、立功情形的；(5) 被害人存在过错的；(6) 认罪悔罪、积极赔偿或积极赔偿获得被害人家属谅解的；(7) 其他表明表明责任刑或预防刑酌定从轻情节的。为防止死缓滥用，以上条件要根据具体案情和法律法规、司法解释尽量作出有利于被告的实质解释。如薄谷开来安排张晓军以投毒的方式故意杀害尼尔·伍德，后被判处死缓。该案中，薄谷开来虽然“罪行极其严重”，但因经济纠纷受伍德威胁，有一定精神障碍，归案后提供他人违纪违法线索、为有关案件的查处起到了积极作用，当庭自愿认罪悔罪。笔者认为，法院对薄谷开来的判决是合理的。

三、死缓限制减刑的具体适用标准

死缓限制减刑的具体适用标准中，“故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质”这7种犯罪一般是指犯罪行为而不是具体罪名；在故意杀人案件中，应当注意被害人是否有重大过错、案发起因是否因民间矛盾、婚姻家庭纠纷等情形。这在学界与实务界都没有什么争议。有争议的是累犯是否受前后犯罪性质的影响，“有组织的暴力性犯罪”和“犯罪情节等情况”如何界定。

(一) 被判处死缓的“累犯”，其前罪与后罪都应当限定为暴力性犯罪

有学者认为，“累犯不受犯罪前后性质的影响，只要应当受死刑缓期执行的刑罚宣告即可适用限制减刑。”我们不予支持。

站在大陆法系刑法理论通说行为责任论的立场上，累犯是表明预防刑的情节。学界也认为，累犯表明犯罪人的特殊预防必要性大，要在责任刑之下从重处罚。但这只是一般情形，也有例外。如犯罪人不是因为无视自己的刑罚痛苦而再次犯罪，而是因为如被害人的严重迫害等其他原因而犯罪，且没有违法阻却事由的，就应当按照通常情形来处理。日本刑法第57条：“再犯的刑罚，是对其所犯之罪所规定的惩役的最高刑期的二倍以下”，没有规定累犯一定要从重处罚，就为累犯的适当处理提供了明确依据。

与日本刑法有别，我国《刑法》第65条直接规定了累犯应当从重处罚。对上述情形，如果不加分析的从重处罚明显不合理。由于立法已经规定，我们只有根据前罪与后罪的性质来确定从重的程度，不然就会违反罪刑相当原则。因而有学者提出对累犯前罪与后罪的

从严格限制死刑立即执行并逐步废除的角度来说，死缓作为死刑立即执行的主要替代措施，在适用范围上是广域的，但又不能太过广域，毕竟我国死缓犯现在也平均关押20年左右，这已经是有效生刑的极限了。如果死缓的适用范围太过广域，那么就很有可能造成废除死刑以加重死刑替代措施为代价的后果，让死缓或死缓限制减刑过度适用。不然，反对死缓适用的声音不会一直存在。童德华：《死缓制度的合理性反思》，《法商研究》2015年第2期。

《薄谷开来故意杀人判死缓》。http://www.fawan.com/Article/gn/sh/2012/08/21/124430166913.html，法制网，2015年12月15日访问。

刘德法：《论我国刑法中的限制减刑》，《政法论丛》2012年第1期。

[日]西田典之：《日本刑法总论》，王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第386页。

犯罪性质应当有所区分，在具体划分上可以以罪行轻重、暴力性、犯罪行为次数等来划分。最高人民法院现在也明确了区分累犯前罪与后罪的重要性。如2014年最高人民法院《常见犯罪量刑指导意见》规定，“对于累犯，应当综合考虑前后罪的性质、刑罚执行完毕或赦免以后至再犯罪时间的长短以及前后罪罪行轻重等情况，增加基准刑的10%~40%，一般不少于3个月。”

由于我国刑法体系在事实上不存在“生刑过轻”的现象，死缓限制减刑因为实际执行刑期过长而成为一种需要警惕的死刑替代措施，因而应当限制适用，并且在适当的时机予以废除。从限制死缓限制减刑的角度来说，对于累犯前罪与后罪犯罪性质的区分就显得尤为重要。由于《刑法》第50条第2款将判处死缓的累犯和8种暴力犯罪并列相提，那么根据同类解释规则，适用于死缓限制减刑的累犯的前罪也应当为暴力性犯罪。另外，在前罪为暴力性犯罪的基础上还应当具体分析暴力犯罪的原因，对于前罪或后罪的暴力性犯罪是因为被害人重大过错或因民间矛盾、婚姻家庭纠纷等而引发的，根据最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》的精神，应当尽量不适用死缓限制减刑。

(二) 被判处死缓的“有组织的暴力性犯罪”应当限定为故意伤害致人死亡的犯罪行为

有组织的暴力性犯罪作为《刑法修正案(八)》中的新生的词汇，分别出现在《刑法》第50条第2款与第81条第2款中。学界对被判处死缓的有组织的暴力性犯罪有三种意见：第一种意见认为，有组织的暴力性犯罪是指在黑社会性质组织犯罪、恐怖活动组织犯罪和邪教组织犯罪中，其组织成员实施故意杀人、强奸、抢劫、绑架等暴力性犯罪。第二种意见认为，有组织的暴力性犯罪是指3人以上的犯罪集团所实施的、刑法中规定的对人或者对物实施暴力、法定刑在10年以上的犯罪。第三种意见认为，有组织的暴力性犯罪是指黑社会性质组织犯罪、恐怖活动组织犯罪和邪教组织犯罪的组织成员实施的除故意杀人、强奸、抢劫、绑架等行为以外的，可以被判处死缓的暴力性犯罪。如故意杀害致死的行为、暴力劫持航空器的行为、暴力绑架妇女拐卖的行为等。

我们认为，作为死缓限制减刑而适用的有组织的暴力性犯罪，首先要以能够判处死缓为前提。第二种观点认为有组织犯罪的暴力性犯罪的法定刑在10年以上就行，是明显不合理的。其次，虽然我国刑法条文中出现“组织”的频率较高，对“组织犯罪”基本都限定在黑社会性质组织犯罪、恐怖活动组织犯罪和邪教组织犯罪中。再次说明了第二种观点有扩大死缓限制减刑适用的嫌疑。另外，如果只将有组织的暴力性犯罪限定在成员实施故意杀人、强奸、抢劫、绑架等行为上，那么《刑法》第50条第2款中“或有组织的暴力性犯罪”确实完全多余。第一种观点也不合理。又次，第三种观点将有组织的暴力性犯罪作为前面7种犯罪行为的补充，并且举例包括故意伤害致死、暴力劫持航空器、非法拐卖妇女儿童等，一方面避免了像第一种观点那样过于缩小处罚的局面，另一方面也避免像第二种观点那样过于扩大处罚的局面，似乎是很满意的答案。但事实上仍然还会造成处罚扩大的局面。

在我们看来：有组织的暴力性犯罪其实就指黑社会性质组织犯罪、恐怖活动组织犯罪

方文军：《死刑缓期执行限制减刑制度的司法适用》，《法律适用》2011年第8期。

王志祥：《死刑替代措施：一个需要警惕的刑法概念》，《中国法学》2015年第1期。

方文军：《死刑缓期执行限制减刑制度的司法适用》，《法律适用》2011年第8期。

卢建平：《有组织的暴力性犯罪辨析》，《国家检察官学院学报》2012年第1期。

姜涛：《诠释与完善刑法修正案(八)的限制减刑规定》，《人民司法》2012年第11期。

和邪教组织犯罪的成员实施的故意伤害致人死亡的行为。对于暴力劫持航空器、非法拐卖妇女儿童等行为，完全可以评价到故意杀人、绑架、强奸、故意伤害致人死亡等行为中。

首先，刑罚对犯罪人的报应，其实就是一种等害交换。这种等害交换不但要等量，更要等价。从等价报应的角度来讲，故意伤害致人死亡的情形，可以判处犯罪人死缓或死刑立即执行，可以进入死刑体系，在价值上具有等害交换性，且符合一般人的价值观念。其次，前文已述，“故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质”是指7种犯罪行为，而非7种犯罪。既然指的是7种犯罪行为，那就是说在其他犯罪中有这7种行为的，只要达到判处死缓的条件，就可以限制减刑。如犯罪人张三以出卖为目的绑架妇女范某，在绑架过程中致使范某死亡（对死亡结果至少是放任态度）或强奸范某致其死亡（对死亡结果也至少是放任态度）故意杀害范某等。这在事实上已经包含了绑架行为或强奸行为、故意杀人行为、故意伤害致人死亡行为等。如果对张三的处罚要进入死刑体系，那么其对绑架或强奸致人死亡的结果加重情节至少要放任态度才行。毕竟过失犯罪最高也才判七年，如果故意的基本犯没有达到死刑体系的标准，加上加过失的结果加重犯被判处死缓以上是没有刑罚的正当化根据的。再如李四暴力劫持航空器，严格来说，只有故意或放任航空器上、落地附近的人员伤亡才有适用死刑的条件。单纯造成航空器严重破坏并不能适用死刑，毕竟航空器属于财物，不可能和人的生命等价。

再次，故意伤害致人死亡，可以进入死刑体系。但在“故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质”这7种犯罪行为中并没有包含故意伤害致人死亡的情形。而《刑法》第121条劫持航空器罪中进入死刑体系，却包含故意伤害致人死亡的情形。而认为只要造成航空器严重损害的财产法益侵害也要适用死缓限制减刑则容易扩大犯罪，但如果“故意伤害致人死亡”这一行为评价在内则不会出现这样的结果。也就是说，把判处死缓的故意伤害致人死亡的犯罪行为单独拉进“有组织的暴力性犯罪”里面，可以防止“有组织的暴力性犯罪”的适用范围扩大，可以防止死缓限制减刑的适用范围扩大。

（三）“犯罪情节等情况”只包含“犯罪情节”和“人身危险性”都从重的情形

从《刑法》第50条第2款的逻辑进路来看，“犯罪情节等情况”在逻辑上属于法定“从重”情节，表明了死缓限制减刑的实质标准。而从最高人民法院发布的指导案例“王志才故意杀人案”与“李飞故意杀人案”来看，其立场又认为“犯罪情节等情况”即是，犯罪人虽然“罪行极其严重”但也有手段并非特别恶劣，或者有自首、准自首、积极赔偿被害人家属或部分赔偿被害人家属等，对犯罪人的有利情节。这明显与立法规定相矛盾。

按照最高人民法院《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》第1条的解释，“犯罪情节等情况”是指“犯罪情节”与“人身危险性”情况。而“犯罪情节”属于责任刑范围；“人身危险性”，前文已述，表明再犯可能性，属于预防刑的范围。在此看来，死缓限制减刑在责任刑和预防刑上都重于死缓。也就是说，作为死缓限制减刑的实质标准，无论是“犯罪情节”还是“人身危险性”都表明是在死缓的责任刑和预防刑基础上从重的情节。这才能说明死缓限制减刑是与死缓有别的，属于死缓和死刑立即执行之间的过渡性刑罚执行制度，也才能说明为何死缓限制减刑有限制死刑过重的作用，是一种死刑的替代措施。同时，既然“犯罪情节等情况”表明在死缓的基础上从重处罚——限制减刑，那么当被判处死缓的“累犯+8种犯罪”的犯罪人有从轻的责任刑和预防刑情节时，原则上就不应当宣告死缓限制减刑，而应当判处无期徒刑或有期徒刑。这才符合量刑原理。最高人民法院的指导性案例在死刑体系的逻辑顺位上从死刑立即执行入手，认为死缓限制减刑

是判处死刑立即执行过重而判处死缓又过轻，不但不符合《刑法》第50条第2款的逻辑顺路，也不符合量刑原理。

值得思考的是，“犯罪情节等情况”里面有轻又有重时如何处理。我们认为，既然死缓限制减刑在本质上属于量刑制度，那么在符合判处死缓的“累犯+8种犯罪”的基本条件下，按照量刑原理，先厘清“犯罪情节”，确定责任刑，然后廓清“人身危险性”情节，在责任刑之下确定预防刑，进而确定宣告刑。具体说来：（1）在“犯罪情节”里面如果有从轻情节也有从重情节，那就先重后轻，确定属于死缓限制减刑在责任刑范围内的点。（2）在“人身危险性”情节里面如果既有从轻情节也有从重情节，也按照由重到轻的顺序，在死缓限制减刑责任刑范围内的点之下确定预防刑。（3）综合衡量其他因素如共同犯罪处理的妥当性等，确定宣告刑。这样，除非有明显过重的“犯罪情节”可以宣告死缓限制减刑，否则即使预防刑再重也不得宣告死缓限制减刑。

四、结 语

死刑立即执行没有正义性、人道性和正当化根据可言，这已是国际国内刑法学者的共识。而我国，之所以没有跟上国际全面废除死刑的潮流，主要在于民众对死刑的态度：“死刑仍然是保障普通公民基本人权必不可少的措施。”这似乎如Christine E. Gudorf所言，“即使压倒性的证据表明死刑判决不公，但也不影响民众对死刑的支持。”但出于法律正义的考虑，我国又不得不启动废除死刑的工程。而全免废除死刑是一项长期而艰巨的工程，在当下，只有让法律正义和民众相互妥协：一方面在立法上逐渐废除死刑，在司法上秉持“少杀慎杀”的死刑政策；另一方面，适当开拓死刑的替代措施。死缓限制减刑制度作为正义与民众相妥协的产物，成为一种新的死刑替代措施。而其在本质定位、适用前提，尤其是具体适用上，立法规定与司法规定的标准不一，呈现出概念含糊不清、理解逻辑混乱等特点，就应当废除。但考虑到死缓限制减刑在短期内的客观存在性，我们只能对其进行限制适用，当条件成熟时，在司法上让它名存实亡或在立法上予以废除。

（责任编辑：丁亚秋）

Chen Zhonglin: The Death Penalty and Human Rights, *Social Sciences in China*, 2009, Vol, 30 (02), 152-169.

Christine E. Gudorf: Christianity and Opposition to the Death Penalty: Late Modern Shifts, *Dialog*, 2013, Vol, 52 (02), 99-109.