

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

黎 宏 *

内容提要：死缓限制减刑是我国刑法中新增的死刑执行方式，最高人民法院发布的两个指导案例，对其适用的案件类型、适用步骤和条件进行了提示。但由于刑法规定本身存在争议，学界对死缓限制减刑的性质以及适用条件的研究不够，导致指导案例在相关事实的评价上缺乏均衡，所得出的结论也有违反禁止溯及既往原则之嫌。死缓限制减刑的适用，必须在罪刑法定原则的约束下，结合其法律性质和立法意图，依据相关死刑政策以及量刑方法进行。

关键词：死刑 死缓限制减刑 指导案例

最高人民法院2011年和2012年连续发布了14个“各级人民法院在审判类似案件时应当参照”的指导案例。^{〔1〕}其中两个涉及死刑的案例引人瞩目：指导案例4号“王志才故意杀人案”和指导案例12号“李飞故意杀人案”。这两个案例是刑法增设“死刑缓期执行同时决定限制减刑”（以下简称“死缓限制减刑”）制度之后，首次就其如何适用所发布的指导案例。从理论上讲，其为死缓限制减刑乃至死刑的具体适用，提供了示范和重要参考。

死缓限制减刑作为新的死刑执行方式，尽管在刑法中已经有了明文规定，但在实际适用上仍存在不少不明确之处。第一，死缓限制减刑是在原来“死刑缓期二年执行”（以下简称“死缓”）的基础上新发展出来的制度，虽被规定在刑法第50条（死缓的法律后果）第2款中，但与死缓的法律后果不同；其在对罪犯判处死缓的同时决定，与罪犯在死刑缓期执行期间的表现无关；因此，其到底是死缓的法律后果，还是与死缓有别的另一种死刑执行方式，尚无定论。第二，死缓限制减刑是对具有一定情节的死缓罪犯，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”；死缓的适用界限本来就难以说清楚，再添加一个内容伸缩性极强的“根据犯罪情节等情况”，使得死缓限制减刑的适用标准更加模糊。第三，死缓限制减刑意味着对判处死缓者限制减刑，属于对死缓罪犯不利的处罚，因此，其

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条。

适用原则上不得溯及既往，否则，会违反刑法第3条规定的禁止事后法这一罪刑法定原则的派生原则；上述两个指导案例所述事实，尽管都发生在增设死缓限制减刑之前，被告人却都被追溯适用了死缓限制减刑，那么，死缓限制减刑在什么条件下才能溯及既往地适用？

更为重要的是，死缓限制减刑是在死缓的基础上发展而来的，作为死刑的一种执行方式，处在死刑立即执行和死缓之间，兼具二者的部分特征。因此，剖析上述两个指导案例，不仅能够了解死缓限制减刑的法律性质，明确其适用条件和时间效力，更能为我们了解死缓适用现状和存在的问题，展望我国未来死刑适用的发展方向提供线索。

以下先简要介绍两个指导案例的基本事实和裁判结果，然后结合刑法的相关规定以及司法解释的相关内容，围绕上述问题进行分析探讨。

一、指导案例的基本内容

1. 指导案例4号“王志才故意杀人案”〔2〕

基本案情：被告人王志才与被害人赵某某系恋人关系。2008年10月9日中午，王志才在赵某某的集体宿舍谈及婚恋问题。因赵某某明确表示二人不可能在一起，王志才感到绝望，愤而产生杀死赵某某然后自杀的念头，即持赵某某宿舍内的一把单刃尖刀，朝赵的颈部、胸腹部、背部连续捅刺，致其失血性休克死亡。次日8时30分许，王志才服农药自杀未遂，被公安机关抓获归案。王志才平时表现较好，归案后如实供述自己罪行，并与其亲属积极赔偿，但未与被害人亲属达成赔偿协议。

裁判结果：山东省潍坊市中级人民法院认定被告人王志才犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。宣判后，王志才提出上诉。山东省高级人民法院驳回上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院根据复核确认的事实，不核准被告人王志才死刑，发回山东省高级人民法院重新审理。山东省高级人民法院经依法重新审理，以故意杀人罪改判被告人王志才死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，同时决定对其限制减刑。

2. 指导案例12号“李飞故意杀人案”〔3〕

基本案情：被告人李飞曾因犯盗窃罪被判刑2年，2008年4月，与被害人徐某某建立恋爱关系，后分手。同年8月24日，李飞所在单位得知其曾因犯罪被判刑一事，停止了其工作。李飞认为此事与徐某某有关。同年9月12日23时许，李飞到徐某某开设的“小天使形象设计室”附近，先与徐某某在电话中吵骂，后破门进入徐某某“小天使形象设计室”内的卧室，持室内的铁锤多次击打徐某某的头部，并击打徐某某表妹王某某头部、双手数下。稍后，李飞又持铁锤先后再次击打徐某某、王某某的头部，致徐某某当场死亡、王某某轻伤。为防止在场的学徒工佟某报警，李飞将徐某某、王某某及佟某的手机带离现场抛弃，后潜逃。同月23日22时许，李飞到其姑母李某某家中，委托其姑母转告其母梁某某送钱。梁某某得知此情后，及时报告公安机关，并于次日晚协助公安机关将来姑母家取钱的

〔2〕 最高人民法院审判委员会讨论通过，2011年12月20日发布。

〔3〕 最高人民法院审判委员会讨论通过，2012年9月18日发布。

李飞抓获。在本案审理期间，李飞的母亲梁某某代为赔偿被害人亲属4万元。

裁判结果：黑龙江省哈尔滨市中级人民法院认定被告人李飞犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。宣判后，李飞提出上诉。黑龙江省高级人民法院裁定驳回上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院根据复核确认的事实和被告人母亲协助抓捕被告人的情况，不核准被告人李飞死刑，发回黑龙江省高级人民法院重新审理。黑龙江省高级人民法院经依法重新审理，以故意杀人罪改判被告人李飞死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，同时决定对其限制减刑。

3. 两案情节上的异同

对比上述两个案件的事实，可以看出二者存在以下异同：

首先，二者的相同之处：在犯罪性质上都是故意杀人；在原因上都是由于恋爱纠纷而引起；在过程上都属于临时起意，行为人事先没有预谋；事后认罪态度都不错，有积极赔偿行为，只是被害人亲属不予谅解，未达成赔偿协议；在犯罪手段方面，两个指导案例的裁判理由中均提及犯罪“手段残忍”；如指导案例4号的解说认为，被告人王志才持刀连续捅刺被害人颈部、胸腹部、背部等处多刀，致被害人失血性休克死亡的行为属于“手段残忍，系从重处罚情节”；〔4〕同样，在指导案例12号的裁判理由中，也说被告人李飞“多次击打（死者）徐某某的头部”的行为是“故意杀人手段残忍”。

其次，二者的不同之处：一是造成的损害结果不同。指导案例4号中王志才杀死1人，而指导案例12号中李飞杀死1人，轻伤1人，拿走手机3部。二是平时表现不同。指导案例4号中王志才为初犯，没有前科劣迹，而指导案例12号中李飞系累犯，在刑满释放之后2年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪。三是抓获情况不同。指导案例12号中李飞是其亲属主动协助公安机关将其抓捕归案的，而指导案例4号中王志才则不存在这一情节。

二、死缓限制减刑的法律性质

讨论死缓限制减刑时，首先遇到的问题是，刑法第50条第2款关于死缓限制减刑的规定是实体性规定还是程序性规定。这涉及死缓限制减刑是死缓考验期满后的一种法律后果，还是一种有别于死缓的新的死刑执行方式；是应当在对罪犯判处死缓时做出，还是在死缓考验期满后裁定减为无期徒刑或有期徒刑时做出。对此，理论和实务之间存在严重分歧。

司法实务部门认为，刑法第50条第2款是有关死缓限制减刑的实体性规定，死缓限制减刑是一种隶属于死缓但不同于死缓的制度，应当在对罪犯判处死缓时做出。如2011年4月20日最高人民法院《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条规定，对被判处死缓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缓的罪犯，人民法院根据犯罪情节、人身危险性等情况，可以在做出裁判的同时决定对其限制减刑。这意味着，死缓限制减刑不必在死缓考验期满之后做出，而是可以在对罪犯判处死缓时一并做出。也正因如此，最高人民法院的

〔4〕 参见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（应用）》2012年第7期。

法官普遍认为,死缓限制减刑虽不是独立刑种,但实际上已经成为死刑立即执行和死缓之间的过渡刑罚,其适用对象是判处死刑立即执行偏重、判处死缓不限制减刑又偏轻或者不能确保裁判效果的案件。^{〔5〕}前述最高人民法院发布的指导案例也是这样理解的,均在对被告人判处死缓的同时决定对其限制减刑。

相反,学界则认为,刑法第50条第2款是死缓执行的程序性规定,死缓限制减刑是死缓的一种法律后果,应在死缓考验期满之后,被执行人减为无期徒刑或者有期徒刑时做出。如有学者认为,无论从文本出发还是从充分评估犯罪人危险人格出发,最高人民法院的上述理解均缺乏说服力;死缓限制减刑属于刑罚变更问题,应当结合被执行人在死缓考验期内的表现,在死缓减为自由刑阶段与死缓减为何种自由刑时做出。^{〔6〕}

从死缓限制减刑在刑法规定中所处的位置来看,学界的理解是有道理的。死缓限制减刑被规定在刑法第50条第2款,刑法第50条是有关死缓法律后果的规定。既然如此,死缓限制减刑就应当被看作死缓的法律后果,在死缓考验期满之后做出,刑法第50条第2款当然也就属于对死缓罪犯如何限制减刑的程序性规定。

但是,笔者认为,从刑法第50条第2款所规定的内容来看,将死缓限制减刑看作一种与死缓有别的死刑执行方式,在对被告人判处死缓时一并决定,也未尝不可。理由如下:

首先,与刑法第50条第1款不同,同条第2款也可以看作实体的量刑规定。刑法第50条第1款是关于死缓的法律后果的规定,由于死缓不是独立刑种,只是死刑的暂缓执行,所以,被判处死缓的罪犯在死缓考验期满之后,必须重新考虑其结局。这就是所谓死缓的法律后果。死缓法律后果的确定具有两个明显的特征:一是后果确定的时间,通常必须在死缓考验期满之后;二是后果确定的标准,取决于死缓罪犯在死缓考验期内的表现,即在考验期内有无故意犯罪、有无重大立功等,而与其在被判处死缓之前犯有何罪、具有什么情节等无关。但是,同条第2款有关死缓限制减刑的规定恰好与上述内容相反。首先,死缓限制减刑的决定时间可以是判处死缓的同时,而不是死缓考验期满之后;其次,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,即是否“累犯”、是否有“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”的情节。由此看来,死缓限制减刑尽管被规定在死缓的法律后果部分,却完全可以与死缓的法律后果无关,而属于与死缓并列的一种死刑执行方式。

其次,死缓限制减刑无论在适用条件还是法律后果上,均与死缓存在较大区别。就适用条件而言,被判处死缓限制减刑的,必须是被判处死缓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缓的罪犯,而被判处死缓的,只要是应当判处死刑但不是必须立即执行的就足够了,没有其他更多的限制;就法律后果而言,根据刑法第78条的规定,被判处死缓限制减刑的罪犯,缓期执行期满后减为无期徒刑的,实际执行的刑期不能少于25年;减为25年有期徒刑的,实际执行的

〔5〕 参见方文军:《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;前引〔4〕,最高人民法院案例指导工作办公室文。

〔6〕 参见时延安:《论死缓犯限制减刑的程序问题》,《法学》2012年第5期。另外,也有学者认为,死缓限制减刑,由人民法院在死缓考察期满后决定减为无期徒刑或者25年有期徒刑的同时,根据犯罪情节等情况限制对其再次减刑。参见齐文远主编:《刑法学》,北京大学出版社2011年版,第245页。

刑期不能少于20年。换言之，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。^{〔7〕}显然，从后果上讲，死缓限制减刑比死缓要重得多。因此，虽说死缓限制减刑是死缓的一种类型，但其并不完全属于死缓，而是介于死刑立即执行和死缓之间的一个过渡层次。

最后，据有关资料介绍，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。具体来说，就是通过部分延长死缓罪犯的实际执行期限，加重死缓的严厉性，改变以往“死刑过重、生刑过轻”的刑罚执行不平衡现象；对过去一些因为判处死缓难以罚当其罪而判处了死刑立即执行的案件，尤其是因为被害人家属反映强烈等原因而“被迫”判处死刑立即执行的案件，从此以后，可以死缓限制减刑来结案。^{〔8〕}要实现这一立法目的，显然只能在对罪犯判处死缓的同时，宣布对其适用限制减刑，否则，就只能依照刑法第50条第1款的规定处理，从而偏离死缓限制减刑的立法初衷。由此说来，死缓限制减刑的适用对象不完全是“应当判处死刑但不是必须立即执行”的罪犯，而是与其具有微妙区别的“判处死刑立即执行偏重、判处死缓又偏轻”的罪犯。由此也能看出，死缓限制减刑不完全是死缓的法律后果。

实际上，就本文而言，刑法第50条第2款是程序性规定还是实体性规定，并不重要。现实情况是，在刑事司法实践中与刑法比肩，甚至发挥着比刑法更为具体有效作用的司法解释，已经明确将刑法第50条第2款作为实体性规定来对待；各地司法实践也已经广泛地将死缓限制减刑作为一种介于死刑立即执行和死缓之间的过渡刑罚，在对罪犯判处死缓时一并做出。如何在承认这种现实的情况下，通过对相关指导案例的分析，发现其中的长处和不足，以进一步明确死缓限制减刑的适用条件和适用效力，才是更加重要的。就死缓限制减刑而言，学者固然可以秉持独立精神对最高人民法院的相关司法解释以及各级法院的相关判决进行批评，但这种做法的实际意义有限。毕竟，法院的判决是解释成文法的“活法”，法院有制定现实具体的“活法”的权力，而学者没有。学说的作用在于影响法官，让他们制定“活法”；换言之，所谓学说无非是说服法官的努力而已。^{〔9〕}既然如此，何不在承认法院工作的前提下，依据相关学说，对实践中的有关案例（包括最高人民法院发布的指导案例）进行务实的讨论？就死缓限制减刑而言，如果一定要说刑法第50条第2款的规定是程序性规定，最高人民法院的相关司法解释以及指导案例的做法是错误的，就可能在理论和实务之间形成无法跨越的鸿沟。正因为如此，本文在分析死缓限制减刑时，遵循司法实践的实际做法，视刑法第50条第2款为有关死缓限制减刑的实体性规定，将死缓限制减刑作为介于死刑立即执行和死缓之间、在对罪犯判处死缓时一并做出的刑罚来对待。

〔7〕 参见黎军、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》，载万鄂湘主编：《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1210页以下。

〔8〕 参见前引〔5〕，方文军文。

〔9〕 参见〔日〕平野龙一：《刑法的基础》，东京大学出版社1966年版，第243页。平野龙一教授认为，什么是刑法上的“正确解释”，结局上只能依据各人的主观判断，并不绝对确定。尽管观念上有合法与非法之争，但生效判决还是要执行。在这种场合，正确的解释只有一个——就是确定生效的判决，而基于其他解释的判决都是“误判”。参见同书第237页。在学说与判例的关系问题上，笔者同意平野龙一教授的这种见解。

三、死缓限制减刑的适用条件

(一) 法条分析

刑法第50条第2款规定：“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。”据此可知，有关死缓限制减刑的适用条件，包括以下三个方面的内容：

1. “被判处死刑缓期执行”

这是适用死缓限制减刑的前提。根据刑法第48条第1款的规定，判处死刑缓期执行要满足以下两个要求：首先是“应当判处死刑的犯罪分子”，这是适用死缓的前提条件。我国刑法学通说认为，此处的“应当判处死刑的犯罪分子”就是刑法第48条第1款前段规定的“罪行极其严重”的罪犯。其不只要求罪犯客观上造成的社会危害后果最为严重，还要求行为人的主观恶性和人身危险性最为深重，没有改造好的可能；即通常所说的“罪大恶极”者，否则，就不是“应当判处死刑的犯罪分子”。^{〔10〕}其次，“不是必须立即执行”，这是适用死缓的实质条件。何谓“不是必须立即执行”，众说纷纭、莫衷一是。^{〔11〕}通常的见解认为，应当判处死刑，但具有下列情形之一的，可以视为“不是必须立即执行”：犯罪后有自首、立功或者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样或同类案件相比较罪行不是最严重的；被害人的过错导致犯罪人激愤犯罪的；犯罪人有令人怜悯的情节的；有其他应当留有余地的情况的等等。^{〔12〕}

但上述对死缓适用条件的约定俗成的理解，不能令人满意。一方面，犯罪后自首或者由于被害人过错而导致犯罪的场合，即便引起的后果极为严重，称得上“罪大”，但无论如何都难以认为行为人主观恶性深重，即“恶极”；另一方面，“罪大恶极”是对1979年刑法第43条“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”的规定的概括，而刑法第48条对此已经修改为“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。在这种情况下，仍然以“罪大恶极”来说明“罪行极其严重”，并不妥当。实际上，从刑法的相关规定来看，我国有关死刑（包括死缓）适用的必要条件，已经不再像过去那样要求罪责兼备即“罪大恶极”，而只要客观上具

〔10〕 这是我国的通说观点，具体参见高铭喧：《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页以下；李希慧：《论死刑适用的两个问题》，载刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社2003年版，第603页；赵秉志主编：《刑法总则问题探索》，法律出版社2003年版，第153页；马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社2002年版，第430页。应当说，这种对“罪行极其严重”的理解，是没有注意到我国刑法中的死刑还包括死缓这种执行方式的结果。

〔11〕 “社会危害性标准说”认为，“罪行极其严重”的社会危害性是一个区间，在此区间内，程度较低的适用死缓，较高的适用死刑立即执行。“功利说”认为，在不立即执行死刑就无法制止该犯罪人对社会造成新的危害，或可能引起社会震荡时，应当判处死刑立即执行，反之则应当适用死缓。“情节说”认为，罪犯在罪行极其严重且应当判处死刑的前提下，还具有一定的从宽处罚情节，包括刑法规定的、司法解释规定的、国家刑事政策要求的以及司法实践和刑法理论公认的各种从宽处罚情节，就是“不是必须立即执行”。“宽恕说”认为，对罪当处死刑的犯罪人是否适用死刑，取决于人们对其犯罪行为的宽恕与否；在同时具备以下两个条件，即罪恶深重但尚未达到令人无法容忍的程度，犯罪人有认罪、悔罪或者其他值得人们宽恕的情节时，才能对罪该处死刑者适用死缓。

〔12〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社2007年版，第288页。

有严重犯罪即“罪大”就够了。这一点在刑法分则的相关条款中有非常清楚的体现。如以劫持航空器罪为例，刑法第121条明确规定，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”。在这里，适用死刑的唯一标准就是客观上引起了“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏”的后果；就绑架罪而言，其处死刑的唯一标准是“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人”（刑法第239条）。另外，将死刑适用条件仍然理解为“罪大恶极”，虽然能够说明死刑立即执行的情况，却难以对同属死刑的死缓进行说明。因为，死缓的适用条件是“罪该处死，但不是必须立即执行”，即“罪大恶不极”。

如此说来，只要从客观的字面意思上对“罪行极其严重”加以理解就足够了，而没有必要扩大解释，增加一些不必要的内容。具体来说，在罪犯故意实施了刑法分则规定的死罪，造成了严重的社会危害后果，具备适用死刑的量刑情节时，就足以满足该要求，而不用单独对罪犯的主观恶性、人身危险性进行额外评价。^[13]

按照上述理解，在行为人故意违犯刑法分则中规定有死刑的条款，满足适用死刑的具体情节要求时，就可以说其“罪行极其严重”，应当判处死刑。但是，在具有犯罪后自首、立功或者其他法定从宽情节的场合，就可以判定其“不是必须立即执行”。

2. “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”

这是适用死缓限制减刑的对象条件。在该条件的理解上，应当注意以下几点：

第一是关于累犯。所谓累犯是指故意犯被判处有期徒刑以上刑罚之罪的人，在法定期限内又故意犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的情形。行为人在前罪处罚之后，一定期限内再故意犯罪，由此可见前面的改造对其收效甚微，罪犯主观恶性深重，人身危险性较大，因此，刑法第50条第2款将其专门列举。但累犯中前罪和后罪之间有多种关系模式，所体现的人身危险性并不相同，因此，在处罚程度上应当有所差别。^[14]如前后罪均为暴力性犯罪的累犯与前罪为非暴力性犯罪、后罪为暴力性犯罪的情形，在量刑时应当加以区别，对前者的处罚应当重一些。因为，前后罪均为暴力性犯罪，其人身危险性显然更大一些。

第二是关于“故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质”的理解。尽管目前还没有统一的说法，但总体来看，将其理解为具体犯罪行为而非具体罪名更为合理。这一点从法条在上述行为之后没有规定“罪”这一表述就可以看出。同时，2002年7月24日全国人大常委会法制工作委员会就刑法第17条第2款规定理解的答复，即《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》，也可以为我们提供理解的线索。^[15]因此，以爆炸方式破坏交通设施或者交通工具，造成人员死伤严重后果的，可以适用本条款；同样，以决水方式杀人、造成屋毁人亡后果的，也可以适用本条款。

[13] 参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第337页以下。

[14] 参见前引[5]，方文军文。

[15] 根据《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》的规定，刑法第17条第2款规定的8种犯罪是指具体犯罪行为而不是具体罪名。刑法第17条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任；而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任，绑架撕票的，不负刑事责任。对司法实践中出现的已满14周岁不满16周岁的人绑架人质后杀害被绑架人，拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的行为，依据刑法是应当追究其刑事责任的。

第三是关于“有组织的暴力性犯罪”的理解。这是《刑法修正案（八）》新创造的一个术语，其意义如何，理论上理解不一。一种观点认为，典型的有组织犯罪包括三种类型：黑社会性质组织犯罪、恐怖活动组织犯罪和邪教组织犯罪，这三种组织成员实施故意杀人、伤害、绑架等暴力性犯罪，应当被认定为“有组织的暴力性犯罪。”^{〔16〕}另一种观点认为，“有组织的暴力性犯罪”是指黑社会性质组织、恐怖活动组织和邪教组织的成员实施的除故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质之外的其他暴力性犯罪，如故意伤害致人死亡、以暴力手段劫持航空器、非法拐卖妇女等。^{〔17〕}还有一种观点认为，此处的“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。^{〔18〕}上述三种观点中，第一种观点显然是有问题的。刑法第50条第2款中的故意杀人等是对犯罪行为的规定而不是对具体罪名的规定，黑社会性质组织、恐怖活动组织和邪教组织成员实施故意杀人等犯罪，自然已经包含在前述的故意杀人等犯罪之中，没有必要再画蛇添足地增加一个“有组织的暴力性犯罪”，因此，这种理解有过于狭窄之嫌。第三种观点有过于形式化的嫌疑。既然死缓限制减刑的前提是必须达到被判处死刑缓期执行的条件，则自然可以将有组织地实施暴力干涉婚姻自由罪、强迫他人吸毒罪、故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪、故意损毁文物罪等排除在刑法第50条第2款的适用范围之外，因为这些犯罪的法定最高刑均在10年以下；于是，法定刑在10年以上的限定就显得多余。如此说来，上述第二种观点较为妥当。

3. “根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑”

这是适用死缓限制减刑的实质条件，也是在原来的死缓制度上新增加的一个要求，因此，对死缓限制减刑的适用极为关键。其中，“犯罪情节等情况”，按照相关司法解释的说明，是指“犯罪情节、人身危险性等情况”。^{〔19〕}最高人民法院的法官撰文进一步将其诠释为以下具体情形：具有自首、立功、坦白等法定从宽情节；一人犯数罪或者多次实施同种罪行被判处死刑缓期执行的；在共同犯罪中的地位、作用仅次于判处死刑立即执行的主犯，且主观恶性深、人身危险性大的；因民间矛盾激化引发的故意杀人等案件；由被告人亲属抓获归案的；客观原因或者取证不力，认定主要罪行的证据存在一定瑕疵，不得不留有余地的。^{〔20〕}显然，这种理解和刑法第48条第1款后段中作为死缓成立条件的“不是必须立即执行”的理解之间，具有相当部分的重合。因此，上述观点更进一步提出，只有“当判处死刑缓期执行后，这些情节还有剩余，足以支撑再对其限制减刑的”，才可以决定对被告人限制减刑。^{〔21〕}但是，以上所列举的“犯罪情节”，从其内容来看，都是对被告人有利的、说明其客观罪轻或者主观恶性小的情节，而死缓实际上是比死缓限制减刑更轻的刑罚，如

〔16〕 参见前引〔5〕，方文军文；前引〔7〕，黎军等文。

〔17〕 参见姜涛：《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。

〔18〕 参见卢建平：《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。

〔19〕 《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。

〔20〕 参见前引〔5〕，方文军文。

〔21〕 同上注。如对自首或立功情节而言，是否要从宽处罚，关键是犯罪的严重程度与自首、立功之间的对比情况。虽然具有自首或立功情节，但犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、被告人主观恶性深、人身危险性大，或者在犯罪前即为逃避法律处罚而准备立功的，可以不从宽处罚。特别是对于立功，因其体现的被告人的认罪、悔罪态度不同于自首，更要注意衡量功是否足以抵罪，对功不足以抵罪的，不应当从宽处罚。

果上述情节在罪犯被判处死缓后还有剩余，则应当对罪犯判处比死缓更轻的无期徒刑或者有期徒刑，而不是判处更重的死缓限制减刑。可见，上述有关死缓限制减刑实质条件的说明中存在重大失误。

（二）指导案例的展开及其不足

1. 指导案例的展开

指导案例关于死缓限制减刑的适用，完全是按照刑法第 50 条第 2 款的规定以及最高人民法院的相关司法解释展开的，大致上分为两个步骤：一是考虑被告人是不是符合死缓的适用条件，其中重点考察了被告人是否“应当判处死刑”和是否“不是必须立即执行”；二是判断是否可以根据犯罪情节等情况，同时决定对被告人限制减刑。其具体过程如下：

首先，确定被告人“论罪应当判处死刑”。对此，指导案例 4 号的判决理由是：“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”；指导案例 12 号的判决理由是：“行为已构成故意杀人罪，罪行极其严重，论罪应当判处死刑”。

其次，认定被告人“不是必须立即执行”。对此，指导案例 4 号中的说明是：“鉴于本案系因婚恋纠纷引发，王志才求婚不成，恼怒并起意杀人，归案后坦白悔罪，积极赔偿被害方经济损失，且平时表现较好，故对其判处死刑，可不立即执行。”指导案例 12 号中的说明是：“本案系因民间矛盾引发的犯罪；案发后李飞的母亲梁某某在得知李飞杀人后的行踪时，主动、及时到公安机关反映情况，并积极配合公安机关将李飞抓获归案；李飞在公安机关对其进行抓捕时，顺从归案，没有反抗行为，并在归案后始终如实供述自己的犯罪事实，认罪态度好；在本案审理期间，李飞的母亲代为赔偿被害方经济损失；李飞虽系累犯，但此前所犯盗窃罪的情节较轻。综合考虑上述情节，可以对李飞酌情从宽处罚，对其可不判处死刑立即执行。”

最后，认为“根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑”。对此，指导案例 4 号中的说明是：“考虑到王志才故意杀人手段特别残忍，被害人亲属不予谅解，要求依法从严惩处，为有效化解社会矛盾，依照《中华人民共和国刑法》第五十条第二款等规定，判处被告人王志才死刑，缓期二年执行，同时决定对其限制减刑”；指导案例 12 号中的说明是：“鉴于其故意杀人手段残忍，又系累犯，且被害人亲属不予谅解，故依法判处被告人李飞死刑，缓期二年执行，同时决定对其限制减刑”。

2. 指导案例裁判理由的不足

一是在死缓限制减刑的判决过程上，存在先后顺序的颠倒。

如前所述，死缓限制减刑实际上在死刑立即执行与死缓之间又增加了一个裁量的层次。^[22]因此，在死刑的适用上，正常的思考顺序应该是，如果不能得出应当判处死刑立即执行的结论，下一步就要考虑是不是应当判处处罚较轻的死缓。但在刑法中死缓又分为两种：一是限制减刑的死缓，二是没有限制减刑的死缓。从处罚效果来看，限制减刑的死缓比没有限制减刑的死缓要重。因此，按照刑法第 62 条和第 63 条所奠定的从轻或者减轻处罚时，应当从重到轻、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。但上述指

[22] 参见陈兴良：《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。

导案例恰好相反,在得出被告人不应当被判处死刑立即执行的结论之后,马上就考虑其是不是符合较轻的死缓的适用条件,最后才考虑是否应对被告人适用死缓限制减刑;即将死缓当作了比死缓限制减刑还重的刑罚,完全没有注意到这两种死缓之间的轻重关系。也正因为如此,才出现了前述错误结论:在对刑法第50条第2款中“犯罪情节等情况”的理解上,将其和“不是必须立即执行”的有利情节重合;在罪犯被判处死缓后,对罪犯有利的情节还有剩余的话,就应对罪犯判处死缓限制减刑。

从理论上讲,作为死缓适用条件的“不是必须立即执行”是指,罪犯论罪应当判处死刑,只是由于一些例外情况的存在,表明罪犯尚有改造的余地,因此,不用立即执行而给其一个考验期限;在此考验期内,没有故意犯罪的话,就改判其他刑罚,不再执行死刑。从此意义上讲,“不是必须立即执行”意味着,存在对犯罪分子有利的情节;相反,“根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑”是指,在对罪犯判处死缓之后,仍嫌过轻,难以罚当其罪,要改为较死缓更重的死缓限制减刑。显然,具有这种从重处罚作用的“犯罪情节”,应当是指对罪犯不利的情节。如此说来,应当判处死缓限制减刑的案件,往往是一些对罪犯有利和不利的情节交织在一起的案件。

笔者认为,对这种有利、不利量刑情节交织的死刑案件,应当在我国一贯施行的“少杀、慎杀”刑事政策的指导下,依据刑法的有关规定,参照最高人民法院《人民法院量刑指导意见(试行)》的相关规定处理。首先,基于“少杀、慎杀”的刑事政策,根据刑法的相关规定,确定被告人是否“不是必须立即执行”的罪犯。就我国的相关政策以及刑法规定来看,即便是应当判处死刑的罪犯,一般来说,只要其在犯罪之后具备自首、立功等法定从宽情节,或者犯罪是由婚姻、家庭、邻里纠纷引起,或者被告人犯罪时具有可以宽恕、值得同情的原因,并且事后具有认罪、积极赔偿等酌定从宽情节,就可以考虑“不是必须立即执行”。^[23]其次,在确定罪犯“不是必须立即执行”后,再对剩下的情节进行斟酌,确定对其判处死缓限制减刑还是死缓。在对多个量刑情节进行斟酌时,可以借鉴《人民法院量刑指导意见(试行)》的相关规定。即,对每个量刑情节影响处罚轻重的分量和作用进行分析和评价,分别确定各自的比例,采用同向相加、逆向相减的原则进行合并,得出最终剩下的情节比例。如果最终剩余的是从严处罚情节,就应当适用较重的死缓限制减刑;如果最终剩余的是从宽处罚情节,则应当适用较轻的死缓。经过这样量化处理后所得出的结论,不仅能克服死缓限制减刑适用标准上的模糊,还符合量刑指导意见的相关精神,从而使死缓执行彻底脱离传统的经验判断的窠臼。但遗憾的是,上述两个指导案例在这一点上确实难以令人满意。它们都只是列出了各个对被告人有利和不利的量刑情节,而没有进行作用的区分,更没有进行详细的量化分析,因此,在有关死缓限制减刑判决的理由说明上,难免授人以柄。

二是对影响判处死缓限制减刑的因素的理解比较随意。

首先,高估了被害人亲属谅解在死缓限制减刑决定中的意义。将被害人亲属的谅解作为影响判处死刑的因素,并非我国独有。日本综合法务研究所1988年发表的第二份统计研

[23] 之所以是“一般来说”,是因为在我国刑法所坚持的客观主义报应刑的大前提之下,死刑的确定,关键还是取决于罪行的严重程度。在滥杀无辜数人或者贪污、受贿数亿元的场合,不管被追诉人在犯罪后如何自首、立功,恐怕都难逃被判死刑立即执行的结局。

究报告就指出，被害人亲属的感情是决定死刑的因素，但属于排位比较靠后的因素。^[24]我国目前的司法文件并没有将“被害人亲属的谅解”作为单独的死刑裁量情节来看待，而只是提到民事赔偿情节对死刑决定的意义。^[25]但一般来说，被告人案发后真诚悔罪并积极赔偿经济损失，大都能在一定程度上获得被害方的谅解。法院通常会根据被告人的具体情节和悔罪表现，不判处其死刑立即执行。^[26]这个见解在上述两个指导案例中得到了体现。两个案例均明确表示，“被害人亲属不予谅解”是判处二被告人死缓限制减刑的重要因素。

但值得研究的是，被害人亲属的谅解对死刑裁量的影响能大到什么程度？就上述案件而言，是不是被害人亲属不谅解，就一定要判处死缓限制减刑？尽管有人说，是否判处死刑不是纯粹的规范适用问题，而必须融入超法规的因素（如被害人亲属的态度）进行权衡，以取得较好的社会效果。^[27]但在刑罚裁量，特别是死刑裁量中，不顾犯罪造成的实际损害结果以及以往形成的量刑经验，一味迎合被害人亲属的要求，是一件非常可怕的事情。特别是在被告人以尽力赔偿的方式真诚悔罪的场合，因为被害人亲属的要求得不到满足而对被告人从重处罚，是以另一种形式破坏法秩序。在国家建立之后，犯罪这种孤立的个人之间的冲突原则上变成了个人对国家秩序的破坏；个人的行为是不是构成犯罪、该受到何种处罚，已经不是冲突双方当事人所能左右的，而是取决于国家。因此，在刑罚裁量中过于重视被害人亲属态度的做法，直接违反了法治国的原则。同时，这一做法会在一定程度上“纵容”、“鼓励”被害方不合理的涉诉信访活动。因此，被害人亲属的不谅解只能起到一种不从宽处罚的效果，而绝对不能有将死缓上升为死缓限制减刑的加重效果。

其次，在犯罪手段是否“残忍”的分析上，有草率之嫌。犯罪手段对量刑具有重要影响，这一点在我国刑事立法中已有体现。如刑法第234条第2款规定：“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。司法实践也认可了这一点。有学者通过对某地审结的83起故意杀人案进行实证研究发现，使用合法刀具杀人的全部判死缓；使用生产、生活工具杀人的，比率是50%；使用老鼠药投毒杀人的，比率是33.3%；使用管制刀具杀人的，比率是26.3%；扼颈杀人的，比率是25%，从而得出了“被告人使用工具的性质对量刑有影响”的结论。^[28]只是，到目前为止，尚没有司法解释或者政策性文件对此做明文规定。因此，此次的两个指导案例将“手段（特别）残忍”作为裁定死缓限制减刑的依据之一加以确认，具有重要意义。

但是，如何理解犯罪手段残忍，特别是故意杀人罪中的手段残忍，还值得探讨。在日本，杀害形式特别怪异，或者数次实施且持续时间长的场合，或者刺杀咽喉的场合，容易被严厉评价。^[29]在我国，有学者认为，下列情形可以认为是故意杀人罪中的“手段特别残

[24] 参见第二东京律师协会刑法修改特别对策委员会：《死刑判决量刑基准的考察》，《自由和正义》第42卷第10号（1991年），第55页以下。根据该报告，被害人的人数、杀害行为的形态、有无性侵害、有无共犯以及被告人在共犯中的地位和作用、被害人有无过失、杀人意图的有无及其程度、有无反省悔悟的意思、有无自首、被害人亲属的感情、被告人的年龄、从杀人到引起死亡的间隔时间、计划及其程度，依次成为决定死刑的重要因素。

[25] 如最高人民法院《关于进一步加强刑事审判工作的决定》明确规定，具有案发后真诚悔罪并积极赔偿被害人经济损失等酌定从轻情节的案件，应慎用死刑立即执行。

[26] 参见彭新林：《酌定量刑情节限制死刑适用研究》，法律出版社2011年版，第386页。

[27] 参见方文军：《民事赔偿与死刑适用的平衡规则探微》，《法律适用》2007年第2期。

[28] 参见欧阳玉静：《死刑缓期执行和死刑立即执行的量刑依据——以故意杀人罪为例的实证分析》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第21卷，北京大学出版社2008年版，第159页以下。

[29] 参见黎宏：《日本判例中的死刑裁量标准考察》，载赵秉志主编：《刑法评论》第6卷，法律出版社2005年版。

忍”：(1) 使用焚烧、冷冻、油煎、爆炸、毒蛇猛兽撕咬、分解肢体等凶残狠毒方法杀死被害人的；(2) 利用凶器袭击被害人多处要害部位而将其杀死的；(3) 用凶器数次或者数十次连捅被害人而将其杀死的；(4) 在被害人失去反抗能力后求饶、逃跑、呼救的过程中，执意追杀被害人，直至将其杀死的；(5) 长时间暴力折磨被害人，故意加重其痛苦程度，然后再将其杀死的；(6) 其他手段特别残忍的情形。^[30] 这种见解，主要从杀害工具、杀害部位、杀害次数、杀害时间、杀害手段是否异常等角度来理解是否“残忍”，与两个指导案例的理解不谋而合。

确实，使用不太常见的工具或者方法、长时间、数次、针对要害部位实施的杀人行为，容易刺激人们的神经，激起一般人的义愤，并最终被评价为“手段残忍”。但是，行为人执意杀人，杀人过程却不如想象般顺利时，极有可能出现上述长时间、数次或者针对多个要害部位实施等情形，而这些情形在当时的情况下是实现杀人目的客观上所必须的；否则，所有的杀人行为都只能止于未遂，而达到既遂形态的杀人行为都可能被评价为“手段残忍”。同时，杀人行为必然会导致被害人的痛苦，只是这种痛苦的过程长短有区别。在能够选择所致痛苦较小的手段杀死被害人却有意选择所致痛苦较大的手段，或者能够选择较快结束被害人生命的手段却有意选择致死过程较慢的手段，从而加重被害人痛苦的场合，应当说超出了对杀人行为本身内容所应有的评价，让人难以接受。因此，在是否“残忍”的评价上，还是应当结合行为人当时的主观意图以及客观实际来考虑，而单纯以杀害部位、杀害工具或者杀害时间长短为依据来评价是否“残忍”，是值得商榷的。

最后，轻视了累犯情节在死缓限制减刑决定中的应用。在两个指导案例中，作为判处死缓限制减刑的根据，案例4号中王志才具有两个情节，即“手段特别残忍，被害人亲属不予谅解”；案例12号中李飞则有三个，除了“手段特别残忍，被害人亲属不予谅解”之外，还有“又系累犯”的情节。尽管如此，二人最终的判决结果却是一样的。对此，有力的见解认为，累犯的前罪和后罪之间具有多种关系模式，所体现的人身危险性并不完全相同；前罪和后罪均为暴力性重罪的，量刑时从重处罚的幅度应当更大。^[31] 这种理解似乎也有根据。如最高人民法院2010年发布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第11条明确规定，对于前罪为暴力犯罪或者被判处重刑的累犯，更要依法从严惩处。但要注意的是，该意见第11条前段也明确规定：“要依法从严惩处累犯和毒品再犯。凡是依法构成累犯和毒品再犯的，即使犯罪情节较轻，也要体现从严惩处的精神。”然而，指导案例12号中完全看不出这一精神的体现。不得不说，这是个重大缺憾。毕竟，在我国刑法中，累犯是法定的从重处罚情节；虽说累犯中前罪和后罪之间的关系模式不同，在对后罪量刑的影响程度上存在差别，但这种比较只能在同为累犯的场合才能进行；在有累犯情节和没有累犯情节的对比场合，有累犯情节的肯定要比没有的处罚要重，这是不言而喻的。

正是因为死缓限制减刑的裁量上思路不清、说理不足，在相关情节的评价上过于随意，导致了两个指导案例存在一个致命的不足，即两个案例之间缺乏均衡，可能导致司法实践无所适从。如前所述，两个指导案例在案件事实上有明显差别。12号案例中的被告人

[30] 参见前引[26]，彭新林书，第277页。

[31] 参见前引[5]，方文军文。

无论从客观的犯罪事实还是主观恶性的评价上看,明显要重于4号案例中的被告人。如果死缓限制减刑的适用以指导案例4号王志才故意杀人案为范本,则对指导案例12号中的李飞有轻纵之嫌;相反,如果以指导案例12号为标准,则对指导案例4号中的王志才过于严苛。这种结局应该不是指导案例的发布者希望看到的。

四、死缓限制减刑的适用效力

死缓限制减刑实际上是对被告人不利的刑罚制度。在其出台之前,被判处死缓的罪犯虽说被判处了死刑,但根据有关资料,其实际最短服刑期限为14年,而平均服刑时间也就18年多一点,^[32]连有期徒刑数罪并罚场合的最高限度都达不到,更不用说无期徒刑了。因此,死缓作为死刑之一种,实在有些名不副实。正因为如此,《刑法修正案(八)》增设了刑法第50条第2款。同时,对刑法第78条规定的死缓罪犯的实际执行刑期也进行了相应调整:被限制减刑的死缓罪犯被减为无期徒刑的,其在狱中至少服刑25年,如被减为25年有期徒刑,则在狱中至少服刑20年;加上死刑缓期执行的2年,被判处死缓限制减刑的罪犯至少要服刑22年才能重返社会。

正因为死缓限制减刑对死缓罪犯不利,所以,在其适用特别是溯及既往适用上,必须特别慎重。对此,最高人民法院特意做了规定。^[33]按照该规定,2011年4月30日以前犯罪,被判处死缓的,适用修正前刑法第50条的规定;被告人具有累犯情节,或者所犯之罪是故意杀人、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,罪行极其严重,根据修正前刑法判处死缓不能体现罪刑相适应原则,而根据修正后刑法判处死缓限制减刑可以罚当其罪的,适用修正后刑法第50条第2款的规定。换言之,在2011年4月30日以前犯罪的,通常适用修正前刑法第50条的规定;只有在适用修正前刑法可能被判处死刑立即执行的场合,才能追溯适用修正后刑法第50条第2款的规定。

从前述案情事实可以看出,这两个案件均发生在2008年,即死缓限制减刑制度建立之前,但二被告人均被判处死缓限制减刑。《刑法修正案(八)》为什么能够溯及既往地适用?对此,尚未看到最高人民法院的任何回答。尽管在指导案例4号“王志才故意杀人案”发布后,最高人民法院有关部门还专门发表了解说文章,^[34]但对这一问题只字未提。

一种可能的解释是,根据修正前的刑法,上述两个案例中的被告人都应当判处死刑立即执行,而不可能是死缓或者其他较轻的刑罚。^[35]虽然相对于死缓而言,死缓限制减刑是重法,对被告人不利,但相对于死刑立即执行而言,其绝对是轻法,对被告人有利,因此,可以追溯适用。但这种可能的解释经不起推敲。

首先,即便按照修正前的刑法规定,也难以对上述被告人判处死刑立即执行。如前所述,上述案例中,虽然二被告人都有致死人命的行为,但他们在归案后,都有“坦白悔罪、认罪态度好”的事实;特别是指导案例4号中的被告人王志才,还“积极赔偿被害方经济

[32] 参见前引〔7〕,黎军等文。

[33] 参见《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》第2条。

[34] 参见前引〔4〕,最高人民法院案例指导工作办公室文。

[35] 这实际上也是指导案例中的理由。两个指导案例的判决书中均提到,被告人“论罪应当判处死刑”。

损失，且平时表现较好”。因此，说上述被告人属于刑法第48条第1款后段规定的“不是必须立即执行”的死刑罪犯也未尝不可。退一步讲，至少可以说，从刑法中找不到一定要对上述被告人判处死刑立即执行的相关规定。

其次，从刑法修正前的相关司法解释来看，上述被告人也不一定会被判处死刑立即执行。在上述两个案件中，二被告人都存在“系因婚恋纠纷引发，归案后坦白悔罪，积极赔偿被害方经济损失”的共同情节。这些情节，依照案发当时的司法解释，都足以让其不被判处死刑立即执行。如就“因婚恋纠纷引发”的犯罪而言，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》中曾指出，对于因婚姻家庭、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犯罪案件有所区别；《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第22条再次强调，对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，应酌情从宽处理。就“归案后坦白悔罪，积极赔偿被害方经济损失”的案件，《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》明确提出，对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件，被告人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。最高人民法院《关于进一步加强审判工作的决定》重申了这一点。如此说来，两个指导案例都属于“应慎用死刑立即执行”的案件。特别是指导案例4号中的王志才，按照案发当时的相关解释和政策，甚至不一定能被判处比死缓更重的刑罚。

最后，从案发当时的司法实践经验来看，上述被告人也不一定会被判处死刑立即执行。在我国司法实践中，影响死刑判决的因素非常多，但其中最为重要的是犯罪行为所引起的损害结果。就故意杀人罪而言，有实证研究表明，故意杀人死伤两人以上的，被告人被判死刑立即执行的机率为83.3%，被判死缓的机率为16.7%。同时，在故意杀人杀死一人的场合，被判死缓的机率为49.2%，被判处死刑立即执行的机率为50.8%，二者大体相当。^[36]这说明“有一名被害人死亡”是判决死刑的基准状态或者必要条件，而判处立即执行还是缓期执行则取决于案件的其他情节，如犯罪动机、犯罪后的悔改表现等因素。关于这一点，上述研究指出，在我国的审判实践中，不同动机对判处死刑立即执行和死缓有着显著影响。贪财杀人和报复杀人的，被判处死缓的机率最低，而因为邻里纠纷、婚恋或者其他琐事杀人的，被判处死缓的机率则比较高。另外，被告人认罪态度好的，容易被判处死缓，认罪态度一般的，则容易被判处死刑立即执行；作案后积极赔偿的，容易判处死缓，不积极赔偿的，则容易被判处死刑立即执行。^[37]这些司法实践经验能够为我们推测指导案例中被告人的命运提供一定线索。上述案例中，二被告人都只是导致一人死亡，犯罪原因则是婚恋纠纷，犯罪后态度也不错。因此，从上述实证研究成果的角度来看，指导案例中的被告人，特别是4号案例中的王志才，被判处死缓的概率是相当高的。

因此，无论是从案发当时的相关刑法规定、死刑政策还是司法实践的一般做法，都难以得出对上述被告人要判处死刑立即执行的结论。如此说来，能够对上述被告人追溯适用对其有利的新的法的前提并不存在。

[36] 参见前引[28]，欧阳玉静文。

[37] 同上。

另一种可能的解释是，指导案例中的被告人在过去确实只会被判处死缓，但这种判决结果不能体现罪刑相适应原则的精神，因此，不能因循过去的做法，而要按照修正后的刑法规定进行处理。^{〔38〕}但是，这种理解存在严重缺陷，并且和禁止事后法原则直接冲突。虽然在我国刑法中，罪刑法定原则和罪刑相适应原则都是基本原则，但二者还是有地位高低之分的：罪刑法定原则属于近代刑法的最基本原则，在和罪刑相适应原则的比较中，属于上位原则；当二者发生冲突时，应当优先考虑罪刑法定原则。二者在我国刑法中的排列位置能清楚地表明这一点。并且，现代社会中的刑法不仅是社会秩序维持法，更是人权保障法，因此，在确定公民行为是否犯罪、是否要受刑罚处罚时，一定要“以行为时存在的法律为准进行判断”，否则，人们在行为时就难以判断自己行为的性质、预测自己的行为后果，会时刻担心来自国家的意想不到的打击，从而产生不敢行使权利、享受自由的“寒蝉效应”，最终背离人们建立国家的初衷。所以，各国刑法都将禁止事后法作为一个基本原则加以要求。也正因如此，以根据修正前刑法判处死缓不能体现罪刑相适应原则为由，将过去只能判处死缓的案件，依照现在的刑法，对其判处较重的死缓限制减刑，是违反罪刑法定原则的。^{〔39〕}如此说来，指导案例所认定的、对二被告人在2008年犯下的故意杀人行为适用死缓限制减刑的做法，是值得商榷的。即便死缓限制减刑可以对其生效之前的行为适用，其能够适用的对象也不应该是上述指导案例中的类似行为。

五、结 语

刑法第50条第2款规定的死缓限制减刑是我国刑法中的一项新制度。作为在死缓基础上发展而来，但与死缓不完全相同的死刑执行方式，其具有将我国传统上为“少杀、慎杀”而设立的死缓和西方国家作为死刑替代措施而提出的较长期限、不许假释的有期徒刑合一的特点，对于克服我国当前存在的“死刑过重、生刑过轻”的弊端，具有一定的现实意义，但由此带来的新问题也不容忽视。从此以后，我国的死刑执行方式，事实上可能会有三种，即死刑立即执行、死缓以及死缓限制减刑。这种局面，无疑会使我国刑法理论上和司法实践中长期悬而未决的死刑立即执行和死缓适用界限之争，进一步加剧。^{〔40〕}

有关死缓限制减刑的指导案例的发布，一定程度上为解决上述问题提供了线索，值得肯定。但是，将两个在事实情节上差别显著的案件，先后作为死缓限制减刑适用的指导案

〔38〕《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉时间效力问题的解释》第2条也是这么规定的。

〔39〕当然，现在的禁止事后法原则也存在例外情况。即在对被告人有利时，事后法具有溯及既往适用的效力。如刑法第12条第1款后段规定，“如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法”。存在这一例外主要是因为罪刑法定原则的初衷是保护公民的行动自由乃至被告人的权利，在事后法对被告人有利时，即便溯及既往适用，也不违反罪刑法定原则的初衷。参见前引〔13〕，黎宏书，第19页。

〔40〕之所以会有这种问题，笔者认为，主要是因为我国独创并一直引以为豪的死缓和本来意义上的死刑即死刑立即执行之间，存在难以调和之处。本来，以剥夺人的生命为内容的死刑是各种刑罚中最为严厉的刑罚，常被适用于犯罪手段和后果最为严重、主观恶性和人身危险性最为深重的罪犯，即常说的“罪大恶极、死有余辜”的人。而死缓的出现对这种观念提出了挑战。因为，死缓本质上是死刑，但其适用对象是“应当判处死刑，不是必须立即执行”的罪犯。所谓“不是必须立即执行”，通常是指犯罪后有自首、立功或者其他法定从宽情节，或者在共同犯罪中罪行不是最严重的。但具有上述情节的人，还能说是“罪大恶极、死有余辜”、“应当判处死刑”的人吗？因此，本来并不复杂的死刑，在死缓的场合就变得复杂了。

例发布，无疑提出了两个不同的死缓限制减刑适用标准，可能会使人无所适从。不仅如此，将在案发当时极有可能被判处死缓的案件，依据事后增设的规定，处以较重的死缓限制减刑，同样让人感到不可思议。在当前杀死一人就要被判处死刑立即执行的情形已经越来越少，“故意杀死一名被害人”只是判处死刑的基准状态，而处以立即执行还是缓期执行取决于案件其他事实的大背景下，死缓限制减刑的存在意义，主要还是将迄今为止应当判处死刑立即执行的案件，部分剥离出来适用死缓限制减刑，而不是相反；否则，就有违我国当前减少、限制死刑适用的大趋势，也和死缓限制减刑的立法初衷不符。

如此说来，死缓限制减刑的适用，应当比照过去判处死刑立即执行的标准。即，尽管造成了极为严重的损害后果，够得上“罪行极其严重”，但只要被告人没有其他从严处罚的情节，或者在将从宽处罚情节和从严处罚情节折抵之后，二者接近于零，就可以考虑对被告人适用死缓限制减刑。这样，就能逐渐扩大死缓（包括死缓限制减刑）的适用范围，弱化死刑就是死刑立即执行的公众印象，从而逐渐向事实上废除死刑的理想状态过渡。

Abstract: As an innovation established by the Amendment VIII, the Criminal Law of the People's Republic of China has adopted restrictions on commutation depending on the circumstances of the crimes, which offers new option for execution of death penalty with a reprieve. It is significant that so far the Supreme People's Court has released two guiding cases to clarify more details, including the applicable cases, procedures, and specific terms of the new option. There is no doubt that such a practice will be quite helpful to both interpret and execute the restrictions on commutation of death penalty with a reprieve.

However, several contradictions still exist subtly in relevant legal provisions of criminal law, meanwhile there is a lack of qualified research regarding the legal attribute of the restriction on commutation, nor studies of its application conditions. As a result, conclusions of the two guiding cases conflict with each other unfortunately and make most people confused. In other words, it seems that two outcomes of sentencing in the guiding cases are totally disproportionate. In addition, these guiding cases also indicate a suspicious retrospective effect of criminal law, which is always strictly prohibited by the principle of legality.

To guarantee a proper implementation of restrictions on commutation of death penalty with a reprieve, several factors and suggestions should be taken into consideration seriously in the judicial process. First and foremost, the principle of legality is supposed to be a foundation of criminal law which should also be obeyed all the time in sentencing as well as conviction. Secondly, to provide a better understanding of the new rules, a clear and explicit legal attribute determined by original legislature intent is necessary. At last, specific criminal policies and scientific approach should be considered and used.

Key Words: death penalty, restriction on commutation of death penalty with a reprieve, guiding case
