

# 死刑适用标准的体系化构造

劳东燕<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**当前我国死刑适用的主导思路存在严重缺陷。对刑法第48条第1款应采取以适用死缓为通例、以适用死刑立即执行为例外的解读方式；该款前句是划定“死刑圈”的标准，后句是进一步适用死刑立即执行的条件。对“罪行极其严重”应从行为刑法入手来界定，“罪行”的内容包括行为的主客观侧面，但不应包含人身危险性的内容；对“不是必须立即执行”的理解则采取行为刑法的视角，着眼于行为人的身危险性；有必要转换思路从正面界定“必须立即执行”。刑法第50条第2款的规范目的是减少死刑立即执行的适用；对该款规定的适用条件，应从人身危险性的角度来解读。适用死刑时有必要采取“普通死缓→死缓限制减刑→死刑立即执行”的思考顺序。在满足“死刑圈”标准的前提下，应以普通死缓为量刑基准，优先考虑其适用；是否适用死缓限制减刑或死刑立即执行，则进一步取决于对人身危险性的评估与测定。

**关键词：**死刑适用 死缓 死缓限制减刑 死刑立即执行 指导案例

---

限制与削减死刑的适用，已成为我国学界与实务界的共识。除了出台各种程序性保障举措，如何通过刑法解释贯彻限制与削减死刑适用的理念，也是人们普遍关注的问题。在死刑复核权收归最高人民法院统一行使后，实体法上的努力显得尤为重要。因为，若只是集中死刑案件的最终决定权却缺乏明确的适用标准，则仍然难以实现对死刑适用的有效控制。

如何把握刑法第48条第1款规定的“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”，学理上迄今尚未达成基本的一致，司法解释也从未正面界定。个案中对“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”的认定，主要依靠司法人员凭经验与直觉来完成。实证研究也表明，尤其在决定究竟适用死刑立即执行还是死缓的问题上，法官的自由度与随意性相当高。<sup>〔1〕</sup>对此，有学者表达过深切的担忧：“不幸的是，正是这个最自由的部分与被告人的身是否立即去死

---

\* 清华大学法学院副教授。

本文系笔者主持的国家社科基金项目“刑事政策与刑法理论的建构研究”（11CFX061）的阶段性成果。

〔1〕 参见赵兴洪：《死刑缓期两年执行适用标准研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第19卷，北京大学出版社2006年版，第72页以下。

这个不可逆的法律后果之间形成对应，其令人堪忧之处倒不仅仅是那些死刑圈里被告人的个人命运，更在于这种决定生命去留的方式是一种缺乏明确性操作规则的方式，一种制度化程度较低的方式。”〔2〕

在《刑法修正案（八）》增加了死缓限制减刑制度之后，死刑适用上的混乱更有加剧的趋势。这一点在最高人民法院公布的两个指导案例，即王志才故意杀人案（指导案例4号，简称“王志才案”）与李飞故意杀人案（指导案例12号，简称“李飞案”）中也有所体现。总体上，王志才案与李飞案延续了此前有关死刑适用的基本立场，是既有死刑政策的产物。指出指导案例本身存在的缺陷固然有意义，但更为重要的或许是进而审视与反思其背后支配死刑适用的主导思路。在限制与削减死刑适用已成共识的背景下，这一主导思路是否有助于实现此一目标，值得严正关注。当前至为关键的是，要将削减死刑适用的理念贯彻到对刑法第48条第1款的解释之中，贯彻到对普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行之间关系的界定之中。基于此，本文从解释论的角度切入，讨论死刑适用标准的体系化构造，并就如何处理普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行之间的关系发表看法。

## 一、当前我国死刑适用的主导思路及其问题

死缓尽管名义上属于死刑，实质上却并非生命刑。它的“无期徒刑+二年”的特性，使得刑法学界普遍寄希望于通过增加死缓的适用来实现对死刑的控制。〔3〕这样的立场也为实务界所分享。最高人民法院近十多年来公布的涉及死刑适用的规范性文件，包括1999年的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》、2001年的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》、2007年的《关于进一步加强刑事审判工作的决定》、2008年的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》以及2010年的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》，都特别强调死缓的适用。增加死缓的适用能否根本上改变我国死刑适用的局面，尚难下定论。但无论如何，通过死缓制度来控制死刑的适用，不失为既有立法格局下最为务实的路径。从解释论的角度而言，要增加死缓的适用，只能通过放宽“不是必须立即执行”的适用标准来实现。前述提及的几个规范性文件，在理念层面都表现出这样的倾向；从实务案件的处理来看，这样的放宽也可谓是经验层面的事实。

不过，经验研究同时表明，实务中判处死缓的案件一般要求存在特殊的从宽事由。学者对最高人民法院通过各个渠道公布的1643个死刑案件的实证研究表明，导致法官较多适用死缓的因素包括：一是纠纷激化中的被害过错；二是损失返还、赔偿或退赃；三是认罪态度好；四是行为既遂但实际损失不大；五是义愤犯罪；六是常见于毒品犯罪的特情引诱；七是抗诉或再审时被告已服刑超过两年等。〔4〕对《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》

〔2〕 白建军：《死刑适用实证研究》，《中国社会科学》2006年第5期，第144页。

〔3〕 参见陈泽宪：《论严格限制死刑适用》，《法学》2003年第4期，第55页；张正新：《我国死缓制度的产生、发展及思考》，《中国刑事法杂志》2003年第5期，第20页；张文、黄伟明：《死缓应当作为死刑执行的必经程序》，《现代法学》2004年第4期，第78页；前引〔1〕，赵兴洪文，第89页；刘志伟：《通过死缓减少死刑立即执行的路径探究——基于刑法解释的考量》，《政治与法律》2008年第11期，第9页以下；储槐植：《死刑司法控制：完整解读刑法第四十八条》，《中外法学》2012年第5期，第1019页。

〔4〕 参见前引〔2〕，白建军文，第144页以下。

收集的63起故意杀人案（均选自最高人民法院主办的刊物）所做的统计也表明，所有被判处死缓的被告人，都至少存在一种从宽情节，才会被认定“不是必须立即执行”。〔5〕只有在具备特定从宽事由时才适用死缓的事实表明，实务中对刑法第48条第1款规定的理解，是以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的思路展开的。

期望借助增加死缓的适用来削减死刑适用的策略选择，以及理解第48条第1款时所采取的上述思路，却导致在界定“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”时，面临解释理念与价值取向上的内在龃龉。增加死缓的适用是晚近以来严格控制死刑政策的产物，它要求尽量扩张“不是必须立即执行”的涵盖范围，以减少死刑立即执行的适用；而对第48条第1款采取以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的理解，则根源于较早时期相对严厉的死刑政策，它将“罪行极其严重”理解为适用死刑立即执行的充分条件。1997年修改刑法时，对于死刑适用的立法标准，虽以“罪行极其严重”取代了“罪大恶极”的表述，但一般认为“罪行极其严重”仅是更规范的表述，其含义仍承袭自“罪大恶极”，对其应从行为的客观危害与行为人的身危险性这两个方面综合把握。〔6〕这一点从司法解释的相关规定中也可得到印证。但这不可避免地带来了三方面的问题：

其一，对于如何把紧“罪行极其严重”这一端，在实体法层面缺乏实质性努力。通过增加死缓的适用来控制死刑立即执行的适用，其有效性一方面固然依赖于对“不是必须立即执行”的宽泛界定，另一方面也取决于对“罪行极其严重”一端的严格把关。如果对“罪行极其严重”的界定非常宽松，使得更多的案件与被告人被划入“死刑圈”，则即使放宽对“不是必须立即执行”的解释，也不可能真正实现减少适用死刑立即执行的目标。如学者所言，要有效控制死刑立即执行的适用，应当追求一种两端分化的“宽严相济”的死刑政策：对“罪行极其严重”死刑标准的把控需日益“严紧”，对“不是必须立即执行”的“犯罪分子”的尺度则要逐渐“放宽”掌握。〔7〕从当前实务来看，对“罪行极其严重”往往采取比较宽泛的界定。以故意杀人罪为例。故意杀死一人，一般就被径直认定达到“罪行极其严重”的标准，并直接以死刑立即执行为基准刑展开考量。

其二，对于哪些因素影响“罪行极其严重”的认定、哪些因素决定“不是必须立即执行”的成立，不作起码的区分，由此导致理解上的混乱。由于“罪行极其严重”被理解为适用死刑立即执行的充分条件，在相关的考量中，就必然要求综合考虑行为的客观危害、主观恶性与行为人的身危险性等各类情节因素。既然在“罪行极其严重”中考虑的是包括行为与行为人在内的所有因素，那么在“不是必须立即执行”中所应考虑的因素自然会与前者相重合。这使得对“不是必须立即执行”的理解始终充斥着混乱与分歧。早期理论对这一点的认识就不统一；晚近以来受死刑政策调整的影响，对“不是必须立即执行”的

〔5〕 统计结果表明：有9起案件存在自首或亲属报案的情节；8起案件是因邻里或婚恋纠纷引发；6起案件涉及对被害方进行抢救或积极赔偿；4起案件被告人系作用较小的主犯；3起案件被害一方存在过错；1起案件被告人行为时认识与控制能力受损；1起案件被告人作案时刚满18周岁，且到案后交待态度较好。参见陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》上卷，北京大学出版社2013年版，第304页以下。

〔6〕 参见高铭喧主编：《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；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，第44页以下；张绍谦：《死刑司法适用标准研究》，《华东政法大学学报》2009年第2期，第91页。

〔7〕 参见前引〔3〕，储槐植文，第1020页。

放宽理解，更使之成为几乎无所不包的表述。它不仅包括罪行与人身危险性等方面的因素，还包括证据问题、预防效果、各类政策（包括民族、宗教、外交、侨务与生育等领域的政策）考虑、民意以及政治影响等因素。〔8〕

其三，在增加了死缓限制减刑制度之后，如何把握其适用标准，以便与死刑立即执行和普通死缓的适用相区分，更是一笔糊涂账。《刑法修正案（八）》增加了死缓限制减刑制度，这使得如何处理普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行之间的关系变得尤为重要。然而，对“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”各自所应考虑的因素不予区分，也波及到对死缓限制减刑适用标准的合理把握。于是乎，不仅在“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”的判断中，法官需要综合考虑案件中所有的情节因素；在决定是否适用死缓限制减刑时，也“要综合考虑犯罪的性质，犯罪的起因、动机、目的、手段等情节，犯罪危害后果，被告人的主观恶性和人身危险性等因素，全面分析量刑情节”。〔9〕这意味着，在死刑案件中，办案法官理论上要将案中所有情节先后考察三次，看是否分别满足“罪行极其严重”、“不是必须立即执行”与死缓限制减刑的适用标准。这种不分重点、重复的综合考虑使得各类情节因素相互混杂，对具体案件中如何适用死刑不可能起到指导的效果。

最高人民法院显然也意识到了前述问题，于是才会发布王志才案与李飞案，期望以指导案例的形式来为死刑适用提供必要的指导。然而，诚如批评者所言，在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，使得这两个指导案例存在一个致命的不足，即案例之间缺乏均衡。〔10〕不仅如此，对同一情节分别在“罪行极其严重”、“不是必须立即执行”与死缓限制减刑适用条件的判断中反复使用的做法，更是只会误导实务。李飞案中，根据裁判要点的“被告人犯罪手段残忍，且系累犯，论罪应当判处死刑”的概括，累犯成为决定死刑适用的一个重要考量因素；而根据裁判理由的描述，〔11〕累犯同时又分别属于决定适用死缓与决定限制减刑的考量因素。换言之，李飞案对累犯这一情节不仅三次评价，而且分别作了正反不同方向的评价；这种对同一情节多次、双向评价的做法，显然违反量刑情节评价的基本原理。〔12〕

## 二、重新解读刑法第48条第1款的理解进路

当前死刑适用中存在的混乱，源于对刑法第48条第1款缺乏合理的解释。以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外，是否构成对该款的唯一理解进路，颇值得怀疑。有学者提出，我国刑事立法首先是将“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”作为通例，而

〔8〕 参见高憬宏、刘树德：《死缓适用条件设置的四维思考》，《当代法学》2005年第9期，第97页。

〔9〕 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，第42页。

〔10〕 参见黎宏：《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，第108页以下。

〔11〕 李飞案的裁判理由称：“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。同时，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。”

〔12〕 参见叶良芳、应玉倩：《死缓限制减刑的司法适用——最高人民法院第12号指导案例评析》，《浙江社会科学》2013年第2期，第92页。

将死缓作为“不是必须立即执行”时的特例，即在逻辑上首先想到的是要判处死刑，只是在死刑的执行不具有紧迫性时才适用死缓，而不是相反。<sup>〔13〕</sup>这显然是固守先前理解的结论。与之相反，本文认为，对第48条第1款应当采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解。这一理解处于法条的文义可能性范围之内，同时也有其他依据。

（一）从第48条第1款表述的内在逻辑来看，应当得出以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的结论

持以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的进路的解释者，无疑是将第48条第1款前句“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”，理解为死刑立即执行的适用标准；而后句“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”的规定，则被解读为适用死缓的标准。相应的，前句中与前句“对于应当判处死刑的犯罪分子”中的两处“死刑”表述，都被限定为死刑立即执行。只有这样限定，满足“不是必须立即执行”条件的行为人，才可能从死刑立即执行的范围内被剔除而作为例外来处理。但这样的观点存在疑问。死缓既然在名义上属于死刑，则前句中的“死刑”必定同时包含死刑立即执行与死缓。“罪行极其严重”并非专门针对死刑立即执行的适用标准，而只是进入“死刑圈”的门槛，适用死缓同样需要满足“罪行极其严重”的条件。后句中出现的第二处“死刑”表述，也只能理解为包含死缓在内的广义死刑，而限于死刑立即执行。不然，在语义上就是矛盾的：既然已经是“应当判处死刑（立即执行）的犯罪分子”，又何来“不是必须立即执行”之说？如果在前提上已经肯定被告人属于应当判处死刑立即执行的犯罪分子，怎么还可能存在“不是必须立即执行”的情节？

如果上述两处“死刑”表述都同时包含了死缓与死刑立即执行，则第48条第1款后句的规定便不可能被理解为是在设定死刑立即执行的例外。准确地说，后句实际上是在设定死刑立即执行的标准；立法者是从反面入手来补充死刑立即执行的适用条件。由于死缓与死刑立即执行呈梯度式排列，死缓在其中梯度较低，满足“罪行极其严重”等于达到了进入“死刑圈”的门槛，也等于刚刚满足适用死缓的标准；而只有进一步满足“必须立即执行”的条件，才允许适用死刑立即执行。基于此，对第48条第1款应这样解读：前句是从正面规定死缓的适用标准，满足“罪行极其严重”即可考虑适用死缓；后句则从反面进一步补充死刑立即执行的条件，即适用死刑立即执行必须同时达到“罪行极其严重”与“必须立即执行”这两个条件；前句与后句之间是递进关系。因而，对第48条第1款理应采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解，而不是相反。至于后句中为什么采用反面表述，理由很简单：立法者意在特别提醒司法者，不要忘记适用死缓。在我国，这样的提醒无疑极有必要。

（二）对第48条第1款采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解，有助于合理界定“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”各自所应考虑的因素

对第48条第1款采取以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的理解，势必将“罪行极其严重”视为适用死刑立即执行的充分条件。相应的，“罪行极其严重”便成为一种综合性的判断；除行为之外，行为人的身危险性因素也必须纳入其中。有论者之所以

〔13〕 参见卢建平：《死缓制度的刑事政策意义及其扩张》，《法学家》2004年第5期，第139页。

对1997年刑法以“罪行极其严重”替代“罪大恶极”的做法提出批评,认为其立法表述存在缺陷,主张应将人身危险性因素也纳入其中,<sup>[14]</sup>正是因为其认定“罪行极其严重”是适用死刑立即执行的充分条件。然而,倘若在对“罪行极其严重”的判断中,便既要考虑行为因素,又要考虑行为人的因素,既要考虑客观危害性与主观恶性,又要考虑人身危险性,那么“不是必须立即执行”又该考虑什么因素?所有在“不是必须立即执行”中需要考虑的因素,在“罪行极其严重”中便已予以考虑。于是,不仅二者各自所应考虑的因素不可避免地混杂在一起,而且“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”的判断会合二为一。相应的,对“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”也就不可能展开体系性的教义学分析。无怪乎有论者索性认为,死刑立即执行与死缓之间并没有根本性的区分,而主要是一个政策问题。<sup>[15]</sup>

问题在于,缺乏教义学上的界定而仅依靠政策性的把握,必然使我国刑法所设的两条生死分界线都脆弱得不堪一击,<sup>[16]</sup>且难以避免适用中的恣意。这样的代价恐怕不是刑事法治所能承受的。更何况,教义学对此并非无能为力。只要对第48条第1款进行重新解读,便可走出前述困境。采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解,“罪行极其严重”便只成为进入“死刑圈”的门槛,它充其量只是达到死缓的适用标准;要进一步适用死刑立即执行,还需要满足“必须立即执行”的条件。如此一来,对“罪行极其严重”的界定,便可仅考虑行为本身的因素;而对“不是必须立即执行”的理解,则从行为人的角度切入,着重考量人身危险性因素。在量刑过程中,先考虑行为本身的因素,再进一步考察行为人因素,符合行为刑法与责任主义的要求。对此,本文将在第三部分详加论证。总而言之,采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解,容易理顺“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”之间的关系,避免目前二者相互混杂的状况。

(三)对第48条第1款采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解,有助于协调其与第50条第2款之间的关系,同时避免判决时思考逻辑上的迂回反复

刑法条文不可能始终保持固定的含义。尤其是,如果立法增设或修正了某一条款,其影响很可能波及其他法条,从而有必要对后者作出新的解释,以便与所增设或修正的法条相协调。这是体系解释的基本要求。就第48条第1款而言,在《刑法修正案(八)》增加了第50条第2款之后,便需要考察这一变动是否对第48条第1款的解释产生了影响。

在增设死缓限制减刑的规定之后,对第48条第1款若仍采取以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的理解,则势必造成判决中思考逻辑上的混乱。它意味着,法官在考虑是否适用死刑时,得按“死刑立即执行→普通死缓→死缓限制减刑”的顺序来进行。从王志才案与李飞案裁判理由的描述中,可发现包括最高人民法院在内的三级法院,都是按这样的顺序来思考的:先考虑是否适用死刑立即执行,再考虑是否适用普通死缓,在此基础上进一步考虑是否适用死缓限制减刑。但问题在于,“罪行极其严重”是不利情节,“不

[14] 参见张远煌:《我国死刑适用标准的缺陷及其弥补方法》,《法商研究》2006年第6期,第43页。

[15] 参见前引[6],陈兴良文,第45页。

[16] 论者提出,“罪行极其严重”与刑法分则的死刑条款共同构成我国刑法的第一条生死分界线,“不是必须立即执行”可谓我国刑法的第二条生死分界线。参见赵兴洪:《确立先例标准促进死缓适用之规范化》,《法学》2009年第11期,第79页。

是必须立即执行”是有利情节，而第50条第2款所列的条件又是不利情节。这种由重到轻、又由轻到重的思考顺序，不仅有违量刑的基本原则，也容易导致思维逻辑上的混乱。

正是基于此，有学者批评两个指导案例在死缓限制减刑的判断过程中，存在先后顺序的颠倒。他主张在排除适用死刑立即执行的情况下，首先应当考虑是否适用死缓限制减刑，之后才能考虑适用普通死缓，即应采取“死刑立即执行→死缓限制减刑→普通死缓”的思考顺序。<sup>〔17〕</sup>这一批评触及了问题的实质。按照“死刑立即执行→普通死缓→死缓限制减刑”的顺序，的确存在先考虑从严情节、再考虑从宽情节、之后再考虑从严情节的问题。这种逻辑上的迂回反复不仅违背人们的思维习惯，也徒然增加量刑问题的复杂性与恣意性。在此种意义上，上述批评有其道理，提出的方案也的确可以避免思考逻辑上的迂回反复。

不过，从法解释的角度而言，该学者的方案同样存在缺陷。这是因为，该学者也将“罪行极其严重”视为死刑立即执行的适用标准，同时把“不是必须立即执行”仅设定为普通死缓的适用条件。照此理解，“不是必须立即执行”就不适用于第50条第2款所规定的死缓限制减刑，而仅适用于普通死缓。可是，第48条第1款后句并未明示“不是必须立即执行”仅适用于普通死缓。即使从字面意思来说存在将该款后句中的“判处死刑同时宣告缓期二年执行”限制解释为普通死缓的余地，前述理解也存在疑问。因为“不是必须立即执行”的判断只可能有两种答案：一是肯定“不是必须立即执行”，二是否定“不是必须立即执行”。只有在肯定的情况下，才可能产生究竟是适用死缓限制减刑还是普通死缓的问题。换言之，无论是普通死缓还是死缓限制减刑，都应先满足“不是必须立即执行”的条件；若未满足，则根本不涉及适用普通死缓还是死缓限制减刑，而是适用死刑立即执行的问题。因此，认为第48条第1款后句中的“不是必须立即执行”仅适用于普通死缓，在解释论上不能成立。相应的，“死刑立即执行→死缓限制减刑→普通死缓”的思考顺序，也就成了无源之水。可见，只要采取以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的立场来解读第48条第1款，便只能按照指导案例采取的逻辑顺序进行判断，即“死刑立即执行→普通死缓→死缓限制减刑”。

这意味着，在增设死缓限制减刑之后，如果对第48条第1款仍采取以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的理解，必然无法解决死刑裁量过程中思考逻辑的迂回反复问题。要在解释论上协调该款与第50条第2款之间的关系，并避免指导案例中出现的判断顺序颠倒的问题，就只能放弃先前的理解，转而采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的进路。按这一进路，在死刑案件的判决中，将按“普通死缓→死缓限制减刑→死刑立即执行”的顺序进行：首先考察是否属于“罪行极其严重”，以确定是否达到适用普通死缓的标准；其次考察是否满足第50条第2款规定的条件，以确定能否适用死缓限制减刑；最后考察是否属于“必须立即执行”，以确定应否适用死刑立即执行。

（四）对第48条第1款采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解，在刑事政策上有助于真正贯彻削减死刑适用的理念，也有利于合理分配举证责任

对第48条第1款采取传统的理解，死缓的适用是作为例外而存在的。单纯扩张例外的范围，从刑事政策的角度看，并不利于削减死刑的适用。这是因为，如果在思考过程中首

〔17〕 参见前引〔10〕，黎宏文，第105页以下。

先考虑是否适用死刑立即执行，随后再考虑是否存在从宽事由，从而例外地适用死缓，则必然使法官将死刑立即执行作为优先选择。相反，若采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解，则必然使法官优先考虑适用死缓。由于是以死缓而非死刑立即执行为量刑基准，这将使大量从严情节与从宽情节相抵为零的案件均会以死缓结案。与当下单纯扩张例外的做法相比，这一做法更有助于贯彻通过增加死缓的适用来控制死刑适用的策略，也更有利于削减死刑立即执行的适用。

此外，采取以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的理解，也有助于合理分配控辩双方的举证责任。既然“必须立即执行”是适用死刑立即执行的积极要件，控方理应对此承担举证责任，而不必像当前实务的做法那样，往往要求辩护方举证说明为什么属于“不是必须立即执行”的情形。将“必须立即执行”的举证责任改由控方承担，同时要求法官在裁判理由中说明为什么属于“必须立即执行”，这不仅符合刑事诉讼法中举证责任的分配原理，也便于从程序上从严控制死刑立即执行的适用。

### 三、对“罪行极其严重”的界定

与当下通行的对第48条第1款的解读相比，本文的观点将使普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行的适用标准发生微妙的变化：普通死缓的适用标准由“罪行极其严重”+“不是必须立即执行”变为“罪行极其严重”；死缓限制减刑的适用标准由“罪行极其严重”+“不是必须立即执行”+第50条第2款所列条件，变为“罪行极其严重”+第50条第2款所列条件；死刑立即执行的适用标准则由“罪行极其严重”变为“罪行极其严重”+“必须立即执行”。总体上，死缓的适用范围将大大放宽，死刑立即执行的适用则趋于收紧。在确立了基本的解读框架后，对“罪行极其严重”作出界定便成为可能。

#### （一）“罪行极其严重”不应包含人身危险性

当前的通说认为，“罪行极其严重”是指犯罪的性质极其严重、犯罪的情节极其严重、犯罪分子的人身危险性极其严重的统一。<sup>〔18〕</sup>从教义学的角度而言，将人身危险性纳入“罪行极其严重”的观点并不合理。

1. “罪行”概念强调的是犯罪行为本身，将人身危险性的内容也纳入其中，明显超出概念的意义范围

1997年刑法修改时立法表述由“罪大恶极”变成“罪行极其严重”，这不应被简单视为用语的调整。立法上既然删除“恶极”而偏向于强调罪行，则解释论上自然不能将“恶极”再加入其中。若对“罪行极其严重”的解释仍然完全沿用对“罪大恶极”的解释，就不仅是说立法者在做无用功，而且如此罔顾立法的解释也很难说是一种“解释”，而是解释者自己在“立法”。

同时，也只有以行为概念为核心来理解第48条第1款中的“罪行”，才能与刑法其他条文所使用的“罪行”概念保持意义上的一致。除该款之外，立法者还分别在第5条、第9条、第26条第3款、第67条第1至3款等处使用了“罪行”这一概念。第5条规定，刑罚

〔18〕 参见马克昌、高铭喧主编：《刑法学》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第237页。



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。此处所谓的“罪行”，刑法理论上倾向于解释为客观的犯罪行为，而其后的“刑事责任”被理解为人身危险性。<sup>[19]</sup>第9条规定，对中国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。对这一条中的“罪行”，刑法理论上更是没有争议地认为仅指犯罪行为本身。第26条第3款规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。由于人身危险性具有一身专属性，本条中的“罪行”自然仅指集团实施的犯罪行为，而不可能包含集团成员个人的人身危险性。第67条第1至3款分别涉及自首、准自首与坦白的规定，所谓“如实供述自己的罪行”、“如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行”、“如实供述自己罪行”中的“罪行”，明显也是围绕行为事实而展开。

2. 如果认为“罪行极其严重”包含人身危险性的内容，则实务中对存在自首、立功、真诚悔罪或对被害方进行赔偿等从宽情节的行为人适用死缓，便有违教义学的逻辑

自首、立功、真诚悔罪或赔偿等情节，都是表征行为人人身危险性的因素。实务中，但凡死刑案件中存在此类从宽情节，法官往往会否定死刑立即执行的适用而判处死缓。这样的做法不仅有来自司法解释的根据，也获得了学理的支持。如果认为此类情节属于判断“罪行极其严重”时必须考虑的因素，则前述判处死缓的结论势必无法获得教义学上的支持。“罪行极其严重”是广义死刑的适用条件。倘若认为“罪行极其严重”包含人身危险性的内容，则在具备前述从宽情节时，便应得出否定人身危险性极大的结论。而鉴于人身危险性极大属于“罪行极其严重”的有机组成部分，欠缺这一方面的内容，也就不可能再成立“罪行极其严重”。既然不成立“罪行极其严重”，便意味着不存在适用（广义）死刑的前提，自然也就谈不上适用死缓的问题。<sup>[20]</sup>换言之，如果自首等从宽情节也属于“罪行极其严重”中必须考虑的内容，则对相关行为人根本不应适用死缓，而只能判处无期徒刑以下的刑罚。

3. 如果认为“罪行极其严重”包含人身危险性的内容，则对第48条第1款的理解势必无法与刑法分则的其他死刑条款相协调

对“罪行极其严重”的解释应与刑法分则的相关条文相协调，这是体系解释的应有之义。刑法分则有两个罪名涉及强制适用死刑：一是第121条劫持航空器罪。该条规定，致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。二是第239条绑架罪。该条第2款规定，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。第121条与第239条第2款规定的适用死刑的情形，应被理解为已满足“罪行极其严重”的标准。但这两个条款都未在罪行之外，额外要求具备人身危险性方面的因素。也就是说，在劫持航空器致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的情况下，或者在绑架致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的情况下，适用死刑并不以存在累犯、再犯、前科或其他表征人身危险性极大的从严情节为必要条件。只要满足前述相应的行为与结果要件，即使行为人是初犯、偶犯或存在真诚悔罪等情节，法官也必须适用死刑，而无自由裁量的余地。

[19] 参见陈兴良：《刑法适用总论》上卷，法律出版社1999年版，第64页以下；张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第492页；黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第27页以下。

[20] 参见黄晓亮、徐盛军：《中国现行刑罚体系的理论反思》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第19卷，法律出版社2009年版，第303页。

要使第48条第1款与第121条、第239条第2款的规定相协调，便必须承认，在规范层面，满足“罪行极其严重”的标准无需以人身危险性极大为要件。有论者可能提出，实施劫持航空器的行为并致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的情形，或者实施绑架行为致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的情形，由于行为人实施的是高度暴力性犯罪，从其罪行便可得出其人身危险性极大的结论。的确，实施暴力性犯罪的行为人，其人身危险性程度比一般的犯罪人要高。但问题在于，这只是一种基于经验的判断。行为的危害性与行为人的身危险性虽存在一定的关联，但在规范层面，二者是相互独立的因素。这也是特殊预防区别于一般预防的根据所在。如果行为的危害性与行为人的身危险性总是对应的，则不仅人身危险性的概念没有什么用处，特殊预防也将面临被釜底抽薪的厄运。况且在具体个案中，时常存在行为的危害性与行为人的身危险性并不对应的情况。即使是故意杀人这样的暴力犯罪，在“大义灭亲”或被害人存在严重过错等场合，也可能出现行为人的身危险性低这样的情况。因此，以劫持航空器罪或绑架罪系高度暴力性犯罪，故而行为人的身危险性也相应极大为由，得出第121条与第239条第2款的规定内在地包含人身危险性因素的见解，并不可取。

还有论者可能提出，强制性死刑在国外遭受批评的原因便在于它背离现代标准，导致量刑时无法考虑特殊预防的因素。<sup>[21]</sup> 这样的批评显然是立法论层面的，而不是解释论意义上的。况且，在我国规定了死缓的情况下，立法上规定强制性死刑所带来的问题在相当程度上被缓解了。此外，立法上的这种缺陷也不可能通过引入人身危险性因素而得到纠正。在劫持航空器致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的场合，或者在绑架致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的场合，法官或许可以考虑通过对相关规定作限定解释，使之仅适用于犯罪既遂的主犯（或正犯），在从犯（或共犯）或出现未遂、中止、预备的情况下，则援引总则有关减轻处罚的规定，来实现对强制性死刑适用范围的限缩。但无论如何，法官无权通过单纯援引人身危险性因素而拒不适用死刑，立法没有赋予这样的裁量权。

4. 如果认为“罪行极其严重”包含人身危险性内容，则必然违背行为刑法与责任主义的基本要求

当前通说在界定“罪行极其严重”时，要求考虑行为人的身危险性，这实质上是将人身危险性当作促成刑罚升格的积极要素。只有当人身危险性被认为能够发挥积极的补足功能时，就罪行本身而言原本未达到死刑适用标准的行为人，才会由于人身危险性极大而变得达到“罪行极其严重”的标准。然而，人身危险性在罪责刑结构中只应具有单向性功能，即人身危险性不能增加刑罚量，不能使尚不够犯罪标准的行为成为犯罪行为；它只在人身危险性较小或者没有的时候，起减小刑罚量或者否定犯罪成立的作用。<sup>[22]</sup> 根据行为刑法与责任主义的要求，人身危险性因素不可能具有补足罪行严重程度之不足的功能。第48条第1款并不是在规定量刑原则，而是在确立适用死刑的法律基准。能够决定刑罚由有期徒刑、无期徒刑进一步升格到死刑的，只能是罪行因素。这是罪刑法定的应有之义，也是行为刑法的必然要求。行为刑法要求可罚性只与符合构成要件的行为相关联，制裁也只是对

[21] 参见 [美] 柯恩等：《当代美国死刑法律之困境与探索：问题与案例》，刘超等译，北京大学出版社2013年版，第8页以下。

[22] 参见游伟、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，第6页以下。

单个行为的回应，而不是针对行为人的整个生活经历或者行为人的被预期的未来危险。<sup>[23]</sup>在罪行本身尚未达到适用死刑的法律基准时，倘若由于人身危险性极大，便允许适用死刑，就无异于承认人身危险性具有加重刑罚的功能。

但是，将人身危险性当作加重因素，不仅背离既有的立法规定，也严重违反责任主义原则。一方面，根据刑法的规定，与人身危险性直接相关的累犯、再犯等情节均只是从重情节。如果允许依据人身危险性因素来升格刑罚，则势必得出累犯与再犯等属于加重情节的结论，这明显违反现有的立法规定。也正是基于此，学者才强调，不管是死刑削减论者，还是死刑赞成论者，都不能将累犯、再犯解释为刑罚升格条件中的“情节严重”、“情节特别严重”。<sup>[24]</sup>另一方面，根据责任主义原则，宣告刑不应高于行为人的罪责所允许的程度。责任主义对量刑的制约，要求预防的需要只能在责任刑的点之下予以考虑。据此，与特殊预防相关的人身危险性因素，无论如何不可能具有提升责任刑的点的效果。责任刑的点由行为人对具体行为的罪责所决定。“责任判断的对象，乃当下、以受到法律非难的意念所从事的行为，且首要以单一行为为责任作为标准。”<sup>[25]</sup>也就是说，罪责是针对具体的行为而言的，是规范层面对行为人明明能够选择合法行为却仍然决意实施相关不法行为的谴责，而不是针对行为人整个人格的谴责。在界定“罪行极其严重”时，要求综合考虑行为的危害性与行为人的人身危险性的做法，由于让人身危险性成为积极升格刑罚上限的因素，在违反责任主义的同时，最终走向了行为人刑法。

## （二）“罪行极其严重”应涵盖行为的主客观侧面

当前学理与实务均倾向于将人身危险性纳入第48条第1款的“罪行”概念，之所以如此的另一个原因或许是，人们误以为，行为只包含表现在外部世界的客观事物，与内在心理相关的主观要素则属于行为人范畴；而基于犯罪是主客观的统一这一考虑，在理解“罪行”概念时，就不能不考虑行为人因素。学理上大多认为“罪行极其严重”的含义与此前的“罪大恶极”并无差别，从侧面印证了这一点。然而，此类观点至少存在两个问题：一是割裂地理解行为范畴，误将行为的客观侧面等同于行为本身；二是将不同的“主观”、“客观”概念混为一谈，误以为行为人实施行为时的内心意思属于行为人范畴的因素，由此导致主观因素往往与人身危险性概念捆绑在一起，被当作与行为范畴相对立的因素。

以行为概念为核心来理解“罪行”，并不意味着“罪行”只能被限定于行为客观方面的内容。有学者提出，所谓“罪行极其严重”应当仅指客观上所引起的危害结果，而不包括行为人的主观恶性与人身危险性的内容在内。<sup>[26]</sup>这一观点存在疑问。其一，如果“罪行”仅指客观上所引起的危害结果，岂不是说“罪行极其严重”相较之前的“罪大恶极”反而降低了死刑的适用标准，即之前适用死刑的标准是“罪大”+“恶极”，而如今只要“罪大”即可满足死刑适用标准？其二，这一观点无法与分则的死刑条款相协调。按这一观点，过失犯罪也完全可能满足“罪行极其严重”的标准，因为过失犯罪同样可能引起极其严重

[23] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., § 6 Rn. 1.

[24] 参见张明楷：《刑法学者如何为削减死刑作贡献》，《当代法学》2005年第1期，第8页。

[25] [德]许迺曼：《刑法罪责理论的现状》，王皇玉译，载许玉秀、陈志辉合编：《不移不惑献身法与正义：许迺曼教授刑事法论文选辑》，台湾新学林出版股份有限公司2006年版，第570页。

[26] 参见前引[19]，黎宏书，第338页。

的危害结果，但刑法中的死刑罪名没有一个是过失犯罪。其三，当该学者援引刑法第121条与第239条第2款的规定，来表明劫持航空器罪与绑架罪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”的结果或“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人”时，分明忽视了这两项犯罪都是故意犯罪的事实。并且，他似乎也没有注意到，实施严重暴力犯罪的心态本身便是主观恶性评定中的重要内容。由此可见，仅仅客观上引起的危害结果极其严重，却不具备相应的主观要件，是不可能满足“罪行极其严重”的要求的。

行为刑法意义上的行为是作为整体而存在的，它既包括外在的客观侧面，也包括内在的主观侧面。外在的举动与由此导致的危害结果固然属于行为的有机部分，内在的心理因素（包括故意、目的、动机等）同样是不可或缺的组成要素。将整体的行为切分为客观与主观侧面，只是出于教义学分析上的便利，而不意味着在行为的客观侧面与行为本身之间能够划上等号。因而，如果“主观恶性是被告人对自己行为及社会危害性所抱的心理态度”，而“人身危险性即再犯可能性，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”，<sup>[27]</sup>则所谓的主观恶性理应属于行为的组成部分，而只有人身危险性才属于行为人范畴的因素。学理上有时的确将行为人刑法称为主观主义刑法，但此“主观”非彼“主观”。主观恶性中的“主观”是相对于行为的客观侧面而言的，主要指行为人实施相关行为时的内心态度。而与主观主义刑法相对立的是客观主义刑法，二者争论的核心在于刑罚的对象是行为对法益的侵害，还是行为人的再犯可能性。将主观恶性中的“主观”与行为人刑法意义上的“主观”混为一谈，有混淆概念之嫌。

总之，在行为刑法的框架之下，“罪行”的内容不仅包括行为的客观危害，也包括行为的主观因素，但不包括行为人所特有的表征其人身危险性的因素。这里所谓的行为的主观因素与国内通说主张的主观恶性所考虑的内容基本重合。但鉴于人们对主观恶性概念缺乏严格的界定，且往往将它与人身危险性混在一起，故本文对主观恶性概念持一定的保留。但是，无论如何，主观恶性应与人身危险性相区别：主观恶性与社会危害性构成犯罪的主体内容，主观恶性作为已然客观存在的心理事实，与犯罪构成有密切关系，属于已然犯罪范畴；人身危险性的核心内容则是再犯可能性，主观恶性是人身危险性的表征之一，但不是人身危险性本身。<sup>[28]</sup>在具体判断罪行是否极其严重时，有必要从行为的主客观两个侧面展开：客观侧面主要考察犯罪性质、犯罪手段、行为对象与犯罪结果，主观侧面则主要考察故意、目的、动机、预谋、行为心态等。

德国学理与实务一致认为，涉及行为人的确定动机或心态的构成要件，应当从行为刑法的角度进行解释。比如，“残暴地”杀害他人要按德国刑法第211条规定的谋杀罪来处罚。根据判例，残暴是指“基于冷酷无情的心态而使被害人遭受特别强烈的身体上或精神上的疼痛与折磨”。这种心态的确定并不取决于行为人的性格，或者其是否是残暴的人；只要在具体的单个行为中，行为人表现出冷酷的心态而使被害人遭受特别的折磨就足矣。谋杀罪的其他要素如“贪婪”或“阴险”，也不以行为人是贪婪或阴险的人为条件，而只要在

[27] 参见2010年最高人民法院刑三庭《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》第二部分第3条。

[28] 参见前引[22]，游伟等文，第5页，第13页。

具体的单个行为中呈现出这种特征就可以。〔29〕

此外,因为被害人过错往往会影响到行为罪责的评定,是判断动机时需考虑的因素,所以有必要从行为刑法的角度来解读。从实务中的典型案件来看,被害人的严重过错往往是行为人实施杀人等犯罪的动因所在,而出于义愤动机的杀人通常被法院认定为“情节较轻”的故意杀人。比如,龚世义等人故意杀人案、张志信故意杀人案、阎留普夫妻故意杀人案以及姚国英故意杀人案中,因被害人一方存在严重过错,虽然被告人故意杀死被害人,但法院均在“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑幅度内量刑。〔30〕在周文友故意杀人案中,最高人民法院相关业务庭在裁判理由的解说中明确提出,被害人过错的大小与被告人罪行的轻重、人身危险性程度成反比,被害人有过错往往能够反证被告人罪行较轻、人身危险性较小。〔31〕在故意杀死他人的情况下,如果承认被害人过错会影响罪行的严重程度,则受影响的部分势必只能是罪行的主观部分。因为从客观的法益侵害来看,被害人有严重过错情形下的故意杀人与一般的故意杀人并没有什么差别。

“罪行极其严重”的判断资料应包括从犯意产生到犯罪结果出现为止的所有与行为相关的情节,但不包括事前的信息,如是否有前科、平常的一贯表现等,也不包括事后的信息,如是否累犯或再犯、是否自首、坦白、立功、是否赔偿等。根据本文对“罪行”的界定,“罪行极其严重”必须同时满足行为的客观危害极其严重与行为时的主观恶性极大的要求;仅仅具备其中之一,尚不能达到“罪行极其严重”的标准。换言之,客观危害与主观恶性之间并非相互补足的关系,而是并列共存的关系,需按先客观危害再主观恶性的顺序来判断。即使客观危害极其严重,只要主观恶性没有达到极大的程度,也应当排除适用死刑的可能。只有这样,“罪行极其严重”作为第一条生死分界线,才能有效地发挥作用。

由此可见,相较于“罪大恶极”,“罪行极其严重”不仅在表述上更为科学,更加符合行为刑法与责任主义的要求,而且整体上提高了死刑适用的标准。因此,任何在解释论上认为“罪行极其严重”所设死刑适用标准要低于“罪大恶极”的见解,都是值得斟酌的。那些认为“罪大恶极”的表述要比“罪行极其严重”更契合罪刑相适应精神,〔32〕或者前者比后者对死刑的裁量起到了更严格的限制作用的见解,〔33〕均忽视了这样的事实:“罪大恶极”要求综合考虑行为的客观危害与行为人的身危险性,而所谓综合考虑等于是将二者当作此消彼长的因素——行为的客观危害不足时,可由行为人的身危险性因素补足。在上世纪80年代“严打”期间,对恶极罪不大的被告人判处死刑并非罕见。〔34〕1997年修改刑法时,以“罪行极其严重”代替“罪大恶极”,便是为了遏止“罪行不足,身危险性来补”的现象;身危险性不再被允许作为积极的加重因素来发挥作用。因此,将身危险性因素从“罪行极其严重”的考量中予以剔除,并没有降低反而是提高了死刑适用的标准。

〔29〕 参见前引〔23〕, Roxin书,第6节边码17。

〔30〕 参见前引〔5〕,陈兴良等主编书,第306页以下,第327页以下,第365页以下,第391页以下。

〔31〕 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《刑事审判参考》总第46集,法律出版社2006年版,第39页。

〔32〕 参见前引〔8〕,高憬宏等文,第96页。

〔33〕 参见前引〔14〕,张远煌文,第40页。

〔34〕 参见前引〔3〕,储槐植文,第1018页。

#### 四、对“不是必须立即执行”的理解

一直以来,关于如何界定“不是必须立即执行”,刑法理论上倾向于认为需同时考虑罪行的因素。这样的观点并不合理。从逻辑上讲,表明“罪行极其严重”的情节与表明“不是必须立即执行”的情节是相互独立的,后者不应对前者的判断产生影响。晚近以来,有论者反对前述观点,并进而主张,应当以主观恶性与人身危险性作为适用死刑立即执行与死缓的决定性因素;当行为人主观恶性极大、人身危险性极为深重时,就要对其判处死刑立即执行;反之,对其只能判处死缓。<sup>[35]</sup>但此种观点同样存在疑问。如本文已述,局限于行为的客观侧面去界定“罪行”,在教义学的逻辑上无法自圆其说。行为的主观因素往往影响“罪行极其严重”的成立,它与单纯表征人身危险性的因素有本质的不同,二者不应被一道归入“不是必须立即执行”的范畴。

与通行的观点相比,本文主张的合理之处在于,对“罪行极其严重”的界定不再纠结于人身危险性。也只有这样,对“不是必须立即执行”的解释才能从一团乱麻中解脱出来。“罪行极其严重”考虑的是行为刑法的因素;“不是必须立即执行”则放在行为人刑法的范畴内来理解,偏重特殊预防,主要关注人身危险性问题。对此,学者有过精辟论述:“罪行极其严重”为死刑适用的一般化标准,即不能因人而异,其属行为刑法,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,死刑立即执行与死缓的区分主要取决于“犯罪分子”的不同情况,即需因人而异,其属行为人刑法,体现实质理性、不同情况不同对待。<sup>[36]</sup>笔者赞同按此框架来解读第48条第1款。这样处理“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”之间的关系,有助于解决长久困扰理论与实务的难题,即如何对“罪行极其严重”与“不是必须立即执行”各自所考虑的因素作出区分。

“罪行极其严重”考察的是行为本身,以客观存在的要件事实为“罪行”的实体内容;“不是必须立即执行”则着重测定行为人的身危险性。人身危险性并不是客观的事实,而仅仅是司法人员对行为人未来再犯可能性的预测与估计。它虽然也需依据众多的客观事实,包括犯罪行为事实、犯罪前后的事实以及与犯罪不直接相关的事实,但这些事实充其量只是人身危险性的表征,而非人身危险性的内容。鉴于第48条第1款后句是进一步补充适用死刑立即执行的条件,故有必要如学者所主张的那样,转换思路从正面界定“必须立即执行”;凡是不成立“必须立即执行”的,都属于“不是必须立即执行”。<sup>[37]</sup>对“必须立即执行”的把握应分为两个步骤进行:

一是由行为事实入手来估测行为人的身危险性,为“必须立即执行”的判断奠定初步基础。客观存在的行为事实具有双重功能,其不仅是评价行为是否构成犯罪的唯一法定依据,也是人身危险性的重要表征。无论是涉及犯罪成立与否的基本构成事实,还是涉及法定刑升格的加重构成事实,在影响对行为构成犯罪的的评价的同时,也具有体现与反映行为人身危险性的作用。包括行为性质、行为方式、作案手段、行为对象、危害结果、行

[35] 参见黎宏:《死刑缓期执行制度新解》,《法商研究》2009年第4期,第103页。

[36] 参见前引[3],储槐植文,第1016页。

[37] 参见何显兵:《死缓制度研究》,中国政法大学2009年博士学位论文,第89页。

为动机、犯罪起因以及是预谋还是临时起意等在内的行为情节，都是据以测定行为人人身危险性程度的重要依据。就行为性质而言，暴力犯罪行为人的身危险性一般高于非暴力犯罪行为人的身危险性；实施重罪的行为人的身危险性一般高于实施轻罪的行为人的身危险性。从犯罪起因来说，因婚恋、家庭、邻里纠纷等民间矛盾而实施犯罪的行为人，其人身危险性要低于随机选择侵害对象而实施相同犯罪的行为人。在行为事实中，要特别注重对犯罪起因与犯罪动机的考察，它们“既是具体衡量人身危险性大小的切入点，也是充分发挥人身危险性因素对死刑司法适用制约作用的基础。因为，两者正是判断行为人蔑视现行伦理规范程度与再次实施严重危害社会行为可能性大小的关键因素。”〔38〕与行为方面的其他事实相比，犯罪起因、犯罪动机与行为人的具体状况的联系更为紧密，更能凸显行为人与同类犯罪行为人之间的差异。

在当代刑法理论中，不依据行为而只利用行为之外的事实来估测人身危险性，是不被允许的。无论是行为刑法还是行为人刑法，都不可能反对行为是行为人人身危险性的表征的立场。只要承认刑罚的目的中包含特殊预防，主张行为事实具有双重功能，就不存在循环论证的问题，也不违背禁止重复评价原则。尽管同样是以行为事实为依据，在“必须立即执行”的判断中，相关行为事实并不是用以评价罪行本身，而是着眼于行为人再犯可能性的估测。换言之，对行为事实的考察始终围绕个案中具体的行为人展开，这是为了尽量准确地勾勒行为人未来的大致形象。在此，行为事实不过是估测行为人再犯可能性的一种线索；作为线索，其诚然可能具有提示性效果，但二者绝不等同。这也是为什么即使是同一位法官，对实施相同罪行的被告人也经常给予不同的处罚。

二是借助行为人的身专属因素，进一步测定行为人的身危险性，为“必须立即执行”的判断提供最终根据。基于行为事实对行为人人身危险性所作的估测，勾勒的只是初步轮廓；要准确测定行为人的身危险性，必须进一步考虑表征人身危险性的、行为人一身专属的其他因素。此类因素一般是犯罪前或犯罪后的情节，包括是否累犯或再犯、有无犯罪前科、平时的一贯表现、犯罪后是否对被害人进行救助、是否存在自首、立功或坦白的情节、是否对被害方进行赔偿以及认罪悔罪态度等。此类因素并非行为本身的因素，因此不能被视为“罪行”的内容，故而在“罪行极其严重”的判断中，不能考虑这些因素。

与通行的观点相比，本文虽然也认为必须考察行为事实因素，但这种考察是围绕人身危险性的估测而展开的。只有能够表征人身危险性的行为事实因素，才会被纳入考察范围。并且，行为事实因素与行为人一身专属的特定因素之间，也不是综合考虑或随机组合的关系，二者各自发挥相应的功能：前者为身危险性的估测勾勒大致轮廓，后者则具有校正前述轮廓的功能。鉴于在涉及死刑适用的场合，行为人实施的往往是极为严重的犯罪，从行为事实推断，容易过高估测行为人的身危险性，因而必须特别重视行为人一身专属的特定因素的校正功能。在某种意义上，对“必须立即执行”的判断中，行为人一身专属的特定因素比一般的行为事实因素更为重要。毕竟，是否“必须立即执行”涉及的是个案性判定，理应着眼于行为人的具体情况进行个案量定。只要承认“必须立即执行”的界定应从特殊预防的角度展开，则个案中构成要件事实之外的其他特定事实，对测定人身危险性

〔38〕 前引〔14〕，张远煌文，第44页。

往往具有更大的意义。

由于行为人的“人身专属因素”和行为事实因素，均被置于人身危险性的维度进行考察，故可能出现二者在指向上相抵触的情形。比如，在行为人以极其残忍的手段杀死被害人之后自首的案件中，手段极其残忍表征的是高度的人身危险性，而自首表征的是较低的人身危险性。此外，在行为人的各个人身专属因素之间或行为事实方面的各个因素之间，也可能相互抵触。比如，作为累犯的行为人在故意杀死他人之后又具有立功情节；累犯与立功都属于特定的人身专属因素，但它们在人身危险性维度的指向上正好相反。再如，被害人一人有过错，行为人却将被害人一家全部杀死的案件中，被害人过错指向的是较不严重的人身危险性，而行为人连杀数人的情节则指向极其严重的人身危险性。

无论是哪种互相抵触的情形，均应考虑类比适用作用力与反作用力的原理，对不同指向的各个情节作认真权衡，考察不利情节与有利情节之间是否相互抵销，或者其中一种指向的情节是否在权重上完全超越另一指向的情节。举例来说，在被害方一人有严重过错，行为人却连杀数人的场合，应当认为行为人故意杀害有严重过错的被害人并不符合“罪行极其严重”，但综合考虑其一并杀害并无过错的其他被害人的情节，则行为人的行为必定满足“罪行极其严重”的标准；同时，鉴于被害方一人有严重过错根本无法抵销行为人连杀数人所表征的极高的人身危险性，故此类案件可认定为符合“必须立即执行”的条件。

综上，是否适用死刑取决于罪行因素，而死刑执行方式的选择则主要取决于犯罪分子自身的情况。<sup>[39]</sup>对罪行极其严重且存在极高人身危险性的行为人，可适用死刑立即执行；而对仅实施了极其严重的罪行但人身危险性并非极高的行为人，理应考虑适用死缓。学理与实务常将被害人过错、在共同犯罪中所起的作用等归入“不是必须立即执行”，这样安排并不合理。这些因素均应属于“罪行”范畴，它们会影响罪行的程度，放在“罪行极其严重”的判断中更为合理。

## 五、死缓限制减刑与普通死缓、死刑立即执行之间的关系

死缓限制减刑制度的增设给既有的死刑适用体系带来冲击。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。”如何理解这一规定，不仅影响溯及力问题上的立场，更牵涉死缓限制减刑与普通死缓、死刑立即执行之间的关系处理问题。

### （一）第50条第2款的规范目的

关于第50条第2款，首先面临的疑问是，它是从严处罚的规定还是从宽处罚的规定？这涉及对其规范目的的解读。鉴于我国既有的刑罚结构与实践同时存在死刑偏重与生刑偏轻的现象，对该款似乎既可理解为旨在加重刑罚以弥补生刑太轻的缺陷，也可解读为旨在限制死刑立即执行的适用以减轻死刑偏重的弊端。按前一种解读，死缓限制减刑分流的是按先前规定会被判处普通死缓的一部分犯罪人；对原本只应被判处普通死缓的犯罪人转而

[39] 参见前引[3]，储槐植文，第1018页。



适用死缓限制减刑，自然是从严处罚。采后一种解读，死缓限制减刑分流的则是按先前规定会被判处死刑立即执行的一部分犯罪人；对原本将被判处死刑立即执行的犯罪人转而适用死缓限制减刑，无疑是从宽处罚。

实务的立场倾向于将之解读为有利于被告人的从宽处罚规定，从2011年《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条可以发现这一点。<sup>〔40〕</sup>该条提到的“根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则”，显然应当理解为按修正前刑法的规定本来可对被告人适用死刑立即执行的情形。最高人民法院案例指导工作办公室在解读王志才案时也专门指出，对判处死缓的被告人限制减刑，是为严格执行死刑政策、限制死刑立即执行创造条件；一部分过去因判处死缓仍难以罚当其罪而判处死刑立即执行的，尤其是过去因被害方反应强烈等原因而判处死刑立即执行的，今后依法可以判处死缓并限制减刑。<sup>〔41〕</sup>学理上也有强烈的呼声主张采取从宽处罚的解读，认为第50条第2款是将一部分原本可以判处死刑立即执行的案件，划入死缓限制减刑的范围，意在限制死刑立即执行的适用，使死刑立即执行的适用标准更为严格。<sup>〔42〕</sup>

从宽处罚的解读立场可能面临的质疑是，第50条第2款针对的是累犯与因实施八种特定严重暴力犯罪而被判处死缓的犯罪人，对于实施其他死刑犯罪（包括非暴力犯罪）而又不构成累犯的犯罪人并不适用。若将该款理解为从宽处罚的规定，则势必得出这样的推论：一部分实施特定严重暴力犯罪而本应判处死刑立即执行的犯罪人，将被分流出去转而适用死缓限制减刑，死刑立即执行的适用规模较原先有所限缩；而实施其他死刑犯罪（包括非暴力犯罪）的犯罪人，除成立累犯的情形外，并无适用死缓限制减刑的余地，从而不存在从死刑立即执行分流的问题，故死刑立即执行的适用保持原先的规模不变。这样的推论明显是成问题的。相比于非暴力犯罪，对严重暴力犯罪保留死刑（立即执行）总是更容易为人们所接受，也契合当前倡导的宽严相济的刑事政策。

尽管如此，本文赞同将第50条第2款理解为从宽处罚规定的观点。也即，刑法增设死缓限制减刑制度旨在减少死刑立即执行的适用。

首先，将第50条第2款的规范目的解释为减少死刑立即执行的适用，能更有效地贯彻严格控制死刑的刑事政策。刑事政策具有指导刑法解释的功能，解释者在顾及刑法条文协调的同时，理应以刑事政策的价值取向来充实刑法解释中价值判断的内容。<sup>〔43〕</sup>与将该款理解为从宽处罚规定的观点相比，从严处罚的解读立场不仅无助于减少死刑立即执行的适用，反而会增加死缓制度的严厉性。这显然不合理。正是基于此，最高人民法院案例指导工作办公室在解读指导案例时，特别批评了不是从控制死刑立即执行的角度来理解与适用第50条第2款的做法，认为这会造成对死缓限制减刑的不当适用。<sup>〔44〕</sup>

〔40〕 该条规定，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刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则，而根据修正后刑法判处死刑缓期执行同时决定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。

〔41〕 参见前引〔9〕，最高人民法院案例指导工作办公室文，第42页。

〔42〕 参见前引〔6〕，陈兴良文，第53页；前引〔12〕，叶良芳等文，第88页以下；前引〔10〕，黎宏文，第112页。

〔43〕 参见劳东燕：《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》，《政法论坛》2012年第4期，第30页。

〔44〕 参见前引〔9〕，最高人民法院案例指导工作办公室文，第42页。

其次，既有刑罚结构中生刑偏轻的缺陷，已通过对其他条文的立法修正得到弥补。在《刑法修正案（八）》的立法过程中，生刑偏轻的确是该次修正关注的重点之一，但这一问题并不需要借助死缓限制减刑的增设来解决。通过对原刑法第50条第1款、第78条第2款与第81条第1款进行修改，加重生刑的立法目的已可顺利实现。根据修正后的第50条第1款，被判处死缓的被告人如果确有重大立功表现，二年期满后，由原先的“减为十五年以上二十年以下有期徒刑”改为“减为二十五年有期徒刑”；而修正后的第78条第2款与第81条第1款，将无期徒刑减刑以后实际执行的刑期与适用假释的实际执行年限，均从原先的10年以上提高到13年以上。这意味着，相比于原先的规定，《刑法修正案（八）》使被判处普通死缓与无期徒刑的犯罪人，至少需要多服3至5年有期徒刑。在《刑法修正案（八）》施行之前，从实际情况看，我国被判处死缓与无期徒刑的犯罪人，一般分别服刑18年左右与15年左右可重获自由。<sup>[45]</sup>照此推算，在现有规定之下，被判处普通死缓与无期徒刑的犯罪人实际服刑的年限将提高到21至23年与18至20年。考虑到监狱生活给犯罪人再社会化所带来的重大障碍，同时经验调查也表明，已经服刑15至20年的犯罪人在释放以后很少犯罪，<sup>[46]</sup>应该说这样的加重幅度已足以弥补生刑偏轻的缺陷。

最后，将第50条第2款解读为从宽处罚规定所可能面临的质疑，在教义学上并非没有解决的途径。为避免出现严重暴力犯罪适用死刑立即执行的范围因分流而有所限缩，而其他犯罪（包括非暴力犯罪）适用死刑立即执行的范围保持不变的不当结论，教义学上有两种方案可供选择：一是认为在增设该款之后，对于实施其他死刑犯罪（尤其是非暴力犯罪）的犯罪人，除构成累犯的情形外，既不允许适用死刑立即执行，也不应适用死缓限制减刑，而只能对其适用普通死缓。二是在犯罪人触犯其他死刑罪名的场合，对“必须立即执行”作更为严格的界定，使得被分流出去的情形不是转而适用死缓限制减刑，而是转而适用普通死缓。这是基于举重以明轻的当然解释的原理：既然立法上肯定一部分实施严重暴力犯罪的犯罪人从死刑立即执行的适用中分流，则将实施其他死刑犯罪的犯罪人从死刑立即执行的适用中排除出去一部分更应得到容许。对“必须立即执行”作更为严格的把关，能够达到这样的效果。因此，本文倾向于采取第二种方案。

## （二）普通死缓、死缓限制减刑、死刑立即执行之间的关系及其适用

第50条第2款面临的另一个疑问是，它是实体性规定还是仅涉及刑罚变更的程序性规定？实务的做法是理解为实体性规定，认为该款规定了一种不同于普通死缓的制度。据此，死缓限制减刑被视为是死刑立即执行、普通死缓之外的第三种死刑执行方式。本文基本认同此种立场，同时进一步认为，宜将三者理解为死刑范畴内的三种准刑种。死刑立即执行与死缓名义上属于死刑的范畴，但死缓与无期徒刑在性质上其实更为接近。死缓是对死刑的附条件的免除执行而非延缓执行，认为死缓与死刑立即执行同属于死刑执行方式的传统见解实不足取。<sup>[47]</sup>与此同时，普通死缓与死缓限制减刑之间的差异也不容忽视，二者无论在适用条件还是法律后果上，均存在重大差别；被判处死缓限制减刑的罪犯实际服刑至少

[45] 参见陈兴良主编：《宽严相济刑事政策研究》，中国人民大学出版社2007年版，第16页。

[46] 参见张明楷：《死刑的废止不需要终身刑替代》，《法学研究》2008年第2期，第86页。

[47] 参见高铭喧、徐宏：《中国死缓制度的三维考察》，《政治与法律》2010年第2期，第6页。

要达到22至27年，而普通死缓罪犯一般只要实际执行14至18年。<sup>[48]</sup>也是基于此，实务界普遍认为，死缓限制减刑虽不是独立的刑种，但实际已成为介于死刑立即执行与普通死缓之间的过渡刑罚，在适用对象上不同于死刑立即执行与普通死缓。<sup>[49]</sup>

将普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行理解为死刑范畴内的三种准刑种，有助于与自首、立功等从宽规定相协调。以自首为例。倘若不将普通死缓、死缓限制减刑理解为区别于死刑立即执行的准刑种，在有自首情节的死刑案件中，势必要么对行为人适用死刑立即执行，要么适用无期徒刑以下刑罚，而根本不存在适用普通死缓或死缓限制减刑的余地。刑法第62条与第63条规定得很明确，从轻处罚是指在法定刑限度内判处刑罚，而减轻处罚是指在法定刑以下判处刑罚，在存在数个量刑幅度时，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。比如，在故意杀人后自首的案件中，如果法官选择适用从轻处罚，则在“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”的法定刑幅度内，他只能选择无期徒刑或十年以上有期徒刑；如果选择减轻处罚，则其理应适用“三年以上十年以下有期徒刑”的幅度。不然，便根本无从体现从宽处罚的效果。然而，无论实务还是学理，都分明将从死刑立即执行改为死缓当作从宽处罚来看待。相关的司法解释明文规定，对自首的被告人一般不应考虑适用死刑立即执行，但允许对其适用死缓。如果普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行之间被认为仅涉及执行方式的不同，则不仅司法解释的做法缺乏正当性，普通死缓与死缓限制减刑也将面临被虚置的命运：但凡具有从宽情节的死刑案件，都不可能存在适用普通死缓或死缓限制减刑的余地。可见，只要认可实务的做法，三者其实就是在被当作准刑种来对待的。

在承认普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行构成死刑范畴内三种准刑种的基础上，随之而来的问题是，如何界定三者之间的关系并予以适用。如本文已述，是否进入“死刑圈”是由罪行因素决定的，具体适用何种执行方式（或者说哪一准刑种），则取决于行为人的危险人身危险性；而根据对第48条第1款与第50条第2款之间关系的解读，应当采取“普通死缓→死缓限制减刑→死刑立即执行”的思考顺序。

首先，满足“罪行极其严重”的条件，只是达到适用普通死缓的法律基准。具体个案中，在具备“罪行极其严重”的前提下，普通死缓是作为量刑基准而存在的。原则上，如果行为事实方面既不存在从严情节也不存在从宽情节（或从严情节与从宽情节能够相互抵销），并且行为人一身专属的特定因素中既不存在从严情节也不存在从宽情节（或从严情节与从宽情节能够相互抵销），则应优先考虑适用普通死缓。自然，如果在行为人一身专属因素方面存在从宽情节，表明其人身危险性很小，由此导致特殊预防的必要性降低，则最终的宣告刑可在无期徒刑以下来选择。这并不违反责任主义的要求。

其次，在满足“罪行极其严重”的条件后，如果行为事实或行为人一身专属因素中存在表征人身危险性升高的特定从严情节，则继而考虑是否可适用死缓限制减刑。对于第50条第2款规定的适用条件，包括累犯、特定的八种犯罪以及“根据犯罪情节等情况”的要求，均应从人身危险性的角度来解读，而不能着眼于行为的客观危害。也即，“对死缓犯决

[48] 参见前引[10]，黎宏文，第100页以下。

[49] 参见前引[9]，最高人民法院案例指导工作办公室文，第43页；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，第67页。

定同时限制减刑的考量因素，是行为人的再犯可能性，而再犯可能性又取决于行为人的犯罪情节所反映的主观恶性和罪前、罪后情节所体现的人身危险性。”<sup>〔50〕</sup> 据此，如果累犯情节，或者在所实施的犯罪属于特定的八种犯罪的情况下存在相应的犯罪情节，能够表明行为人具有严重的人身危险性，则法院可适用死缓限制减刑。只有从人身危险性切入来解读第50条第2款，才能有效防止法官将该款当作加重普通死缓的规定。如果从行为的客观危害出发来理解，则很容易导致这样的结果：但凡属于特定八种犯罪的死刑案件，只要满足“罪行极其严重”的条件，法院便一律适用死缓限制减刑，或者至少将死缓限制减刑当作优先于普通死缓的选择。如此一来，不仅死刑立即执行的适用未得到任何控制，死缓制度还会因限制减刑的存在而趋于严厉。

最后，在满足“罪行极其严重”与第50条第2款所规定的条件的基础上，只有当表征人身危险性升高的从严情节，在适用死缓限制减刑后还有足够的剩余，从而表明行为人的危险性已达到“必须立即执行”的程度时，方允许考虑适用死刑立即执行。对死缓是否限制减刑以及是否属于“必须立即执行”，都着眼于人身危险性的判断，故其中考虑的情节必定有所重合。比如，累犯既可能是决定死刑立即执行的因素，也可能是对死缓决定限制减刑的因素；具体功能和分量如何，应视构成累犯条件的“前罪”的性质和情节而定。<sup>〔51〕</sup> 在涉及累犯或所实施的犯罪属于八种特定犯罪的死刑案件中，死缓限制减刑应作为其中的必经程序。只有在能够确定满足死缓限制减刑的适用标准之后，表征人身危险性的从严情节还有剩余的情况下，才可考虑是否适用死刑立即执行。因为死缓限制减刑所要求的人身危险性程度必定低于“必须立即执行”，所以，在相关案件中，如果行为人的危险性尚达不到死缓限制减刑所要求的程度，则其更不可能满足判处死刑立即执行的人身危险性标准。

综上，普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行之间是递升的关系，究竟适用何者取决于对行为人人身危险性的估测与评定。需要指出，在不涉及累犯且所实施的犯罪也非八种特定犯罪的死刑案件中，因不存在适用死缓限制减刑的余地，故死刑适用的思考顺序就只是“普通死缓→死刑立即执行”。

## 结 论

至此，本文在反思当前我国死刑适用的主导思路及其问题的基础上，就死刑适用标准问题，形成了如下主要结论：

1. 对刑法第48条第1款，不应采取以适用死刑立即执行为通例、适用死缓为例外的理解，而有必要遵循以适用死缓为通例、适用死刑立即执行为例外的解读。

2. 第48条第1款前句是划定“死刑圈”的标准，后句进一步补充适用死刑立即执行的条件。适用普通死缓的标准是“罪行极其严重”，适用死缓限制减刑的标准是“罪行极其严重”+第50条第2款所列条件，适用死刑立即执行的标准是“罪行极其严重”+“必须立

〔50〕 参见前引〔12〕，叶良芳等文，第90页。

〔51〕 同上文，第95页。

即执行”。

3. 对“罪行极其严重”应从行为概念入手来解释。“罪行”的内容包括行为的主客观侧面,但不应包含行为人的的人身危险性;满足“罪行极其严重”的要求,须同时满足行为的客观危害极其严重与行为时的主观恶性极其严重。“不是必须立即执行”则着眼于行为人的的人身危险性,有必要转换思路从正面界定“必须立即执行”。

4. 第50条第2款的规范目的是减少死刑立即执行的适用,生刑太轻的缺陷已通过其他条文的修正得到弥补。对该款规定的适用条件应从人身危险性的角度来解读。为与该款的规定相协调,在涉及八种特定犯罪之外的其他死刑案件中,对“必须立即执行”应作更为严格的把关。

5. 普通死缓、死缓限制减刑与死刑立即执行应被视为死刑范畴内的三种准刑种。适用死刑时有必要采取“普通死缓→死缓限制减刑→死刑立即执行”的思考顺序,优先考虑普通死缓的适用。是否适用死缓限制减刑或死刑立即执行,取决于对行为人人身危险性的测定与评估。只有在判处死缓限制减刑仍无法实现特殊预防时,才允许适用死刑立即执行。

---

**Abstract:** Currently there are serious defects in the guiding ideology related to the application of the death penalty in China, including the misinterpretation of Article 48 Paragraph 1 of the Chinese Criminal Law. A more reasonable reading of this provision should be that, to take the application of the death penalty with a two-year suspension as a rule and the application of the death penalty with immediate execution as an exception. Its first sentence sets a threshold for the application of the death penalty while its second sentence provides for further conditions for the application of the death penalty with immediate execution. “The most serious crime” in this provision should be understood from the perspective of act-oriented criminal law, and “crime” covers only the objective and subjective elements of an offense, but not the element of personal dangerousness. Meanwhile, the expression “immediate execution is not essential” needs to be understood from the perspective of actor-oriented criminal law and focus on the defendant’s personal dangerousness. Especially, more importance should be attached to the meaning of “the necessity for immediate execution” and the term needs to be defined from a positive point of view. The normative objective of Article 50 Paragraph 2 is to restrict the use of the death penalty with immediate execution, and the conditions for its application should be interpreted from the perspective of personal dangerousness. In the application of the death penalty, the follow order of consideration should be adopted: ordinary death penalty with a two-years suspension→death penalty with a two-years suspension but with restriction on commutation→death penalty with immediate execution.

**Key Words:** application of the death penalty, death penalty with suspension, death penalty with suspension but with restriction on commutation, death penalty with immediate execution, guiding case

---