

## 案例指导制度与故意杀人罪的死刑裁量

付立庆

**内容提要:**最高人民法院针对故意杀人罪所公布的两个指导案例,对于该罪的死刑裁量具有重要指导意义。学界针对这两个指导案例的一些质疑值得商榷,其“纠偏”意义不容抹杀,且正逐渐得到实践的验证。故意杀人罪中,被害人亲属不予谅解、手段是否残忍的判断标准以及被告人亲属协助抓捕且被告人未反抗抓捕三个因素,是两个指导案例的部分关键词,需要细致研究。案例指导制度具有吸纳不满的功能,其只有从事实上的拘束力上升为法律上的拘束力才能更好发挥作用,而在当下,也需要从技术、机制、程序等方面对这一制度加以完善。

**关键词:**案例指导制度 不予谅解 手段残忍 协助抓捕 法律拘束力

付立庆,中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

### 一 对两个故意杀人罪指导案例的质疑及其反驳

故意杀人罪一直是死刑尤其是死刑立即执行的适用大户。就此,考察最高人民法院于2011年12月20日发布的王志才案和于2012年9月18日发布的李飞案两个指导性案例,既有助于检视案例指导制度本身的制度预期与现实效果之间的差别以明确其发展方向,也有助于对故意杀人罪的死刑裁量标准提出某种建设性意见。

以上两个指导性案例在事实上存在相似之处,即都是由婚恋纠纷等民间琐事引发的故意剥夺被害人生命案件。杀人凶器都是在现场获得而非提前准备,都没有自首情节,都被认为是手段残忍,都未获得被害人亲属的谅解,两个指导性案例提出了死缓限制减刑的适用典型,进而归纳出了在婚恋纠纷场合故意杀人罪死刑裁量的部分规则。同时又存在一定差别,比如王志才曾积极寻求自杀,而李飞的亲属则代为赔偿了被害人亲属4万元,并且协助公安机关将李飞抓获。在刑罚裁量上,两个案件都是当地中院一审判处死刑、二审维持死刑,而在最高人民法院未核准死刑之后,重审法院改判死缓,同时决定限制减刑。从形式上来看,指导性案例的指导范围和指导作用由裁判要点限定,只有最高人民法院归

纳的裁判要点对全国法院才有普遍的指导作用,指导性案例中超出裁判要点的其他指导价值,就不具有普遍指导作用,指导性案例的指导意义以裁判要点的归纳为限。<sup>[1]</sup> 针对这两个指导性案例,学界存在着诸多质疑。对这些质疑予以分析辩驳,有助于正确看待王志才案和李飞案作为指导性案例的价值本身,进而直接关系到其作用发挥。

### (一) 两个指导案例之间缺乏均衡?

有论者认为,王志才案和李飞案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。论者提出,李飞无论从客观的犯罪事实(除打死一人之外,还打伤另一人)还是从主观恶性(累犯)的评价上看,明显要重于王志才。“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。”<sup>[2]</sup>

但是,上述质疑值得商榷,所谓的“李飞无论从客观的犯罪事实还是从主观恶性的评价上看,明显要重于王志才”案的结论,未必能够成立。首先,李飞案的裁判理由明确指出,“李飞虽系累犯,但此前所犯盗窃罪的情节较轻”,更重要的是,李飞是由其母亲主动协助公安机关抓捕归案,李飞在公安机关对其进行抓捕时,顺从归案,没有反抗行为。如后文所述,这几乎相当于刑法第 67 条自首规定中的“自动投案”,这一情节是王志才所不具备的。其次,尽管两个案件都存在“被害人亲属不予谅解”的情节,但在王志才案的裁判要点和裁判理由中,还突出强调了被害人亲属“要求严惩”“要求依法从严惩处”,这是李飞案所不具备的。尽管,被害人亲属不予谅解通常原本就意味着“要求严惩”,但在指导案例的裁判要点和裁判理由中专门强调“要求严惩”“要求依法从严惩处”,这种细节上的差别对于法官的刑罚裁量尤其是死刑裁量恐怕还是会产生具体的影响,不容忽略。这样看来,两个案件的从宽、从严情节虽有交叉但并不相同,作为指导案例对同类案件都能起到重要的参照和指导作用,且无不均衡之忧。司法工作人员只需结合各指导案例的情节,对照自身办理的案件寻找其相似性即可,并不会因此而在死缓限制减刑的标准问题上感到无所适从。

### (二) 两个指导案例违反了刑法的溯及力原则?

有论者认为,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,都难以得出对王志才与李飞两名被告人要判处死刑立即执行的结论。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,让人感到不可思议。<sup>[3]</sup> 甚至还有论者针对王志才案件指出,这个指导案例的裁判意见,可以比喻为促销时的“提价以后再打折”。<sup>[4]</sup> 言下之意,该案发生在《刑法修正案(八)》之前,原本

[1] 参见胡云腾:《案例指导制度的构建意义深远》,《法制资讯》2013 年第 10 期,第 53 页。

[2] 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 109 页。

[3] 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 109-112 页。

[4] 参见周光权:《刑事案例指导制度:难题与前景》,《中外法学》2013 年第 3 期,第 484-485 页。

至多只能判死缓,由于《刑法修正案(八)》的规定反而判了比普通死缓更重的死缓限制减刑,等于适用了不利于被告人的人事法,从而可能违反刑法关于溯及力的规定,进而违反罪刑法定原则。

但是,本文不同意上述判断。从抽象的理论层面上,《刑法修正案(八)》新增的死缓限制减刑应该被理解为是从宽处罚的规定,其分流的是按先前规定会被适用死刑立即执行的一部分犯罪人。这一点不但已经被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条所确认,也被学理上的多数主张所认同,<sup>[5]</sup>甚至上述批评者也同样认同这一点。<sup>[6]</sup>这样理解的场合,对于《刑法修正案(八)》生效之前实施的行为,比如故意杀人行为,在其生效之后宣判而适用死缓限制减刑,在抽象层面上就不违反刑法溯及力的规定。问题是,上述一般性的理解,能否具体贯彻到两个指导案例的刑罚裁量上。

根据王志才、李飞二人在归案后都有“坦白悔罪、认罪态度好”的事实,结合最高人民法院发布的一些在民间矛盾场合故意杀人罪适用死刑应该慎重的司法解释,就认为王、李二被告原本会被判处死缓甚至不属于“罪行极其严重”从而不该被判死刑,过于学术化和理想化。

首先,刑法中关于坦白(乃至自首)的处罚原则,都规定的是“可以”从宽处罚,相关司法解释或者解释性文件也都仅仅是说“适用死刑立即执行要慎重”或者充其量“一般不适用死刑立即执行”而已。以上场合,司法者拥有裁量权,只要肯定了被告人的行为属于“罪行极其严重”又不存在应当从宽处罚的情节,则对其是否判处死刑立即执行就完全是政策把握方向和能力问题,无论何种结局都处在自由裁量权的范围之内,并不违法。其次,在上述场合,由于来自于被害人亲属“不予谅解”的压力和“杀人偿命”的刚性诉求,司法者不适用死缓而是选择就高判处死刑立即执行,符合中国司法实务的惯例和国情。不但王志才案和李飞案中的山东省两级法院和黑龙江省两级法院之前的裁判结论都印证了死刑立即执行的结论——这在很大程度上和被害人亲属的“不予谅解”相关,而且,在其他案件中,有利于被告人情节甚至比王志才案还要多(比如后述胡某某案就有自首情节),也同样因为被害人亲属的“不予谅解”而被判处、维持甚至核准了死刑立即执行。最后,即便是上述质疑者本身也承认,王志才案以及李飞案,在《刑法修正案(八)》之前“被判处(普通)死缓的概率是相当高的”。但是,这里重要的不是“概率”而是“可能性”,并且,具体到王志才案和李飞案之中,司法机关已然将判处死刑立即执行的(较低)可能性变成了现实,这才是问题的关键和症结。综合以上三点,如果着眼于中国实务中的极端做法而不是着眼于法律或者司法解释的原则性规定,就可以说,在王志才、李飞已经被司法机关判处并且维持死刑立即执行的前提下,最高人民法院未予核准并且发回重审,促使原

[5] 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,第53页;劳东燕:《死刑适用标准的体系化改造》,《法学研究》2015年第1期,第186-187页。

[6] 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112页。

审法院改判死缓限制减刑,当然是对被告人更为有利的结论,从而并不违反刑法的溯及力规定和罪刑法定原则。

### (三)两个指导案例在死缓限制减刑的判断过程上存在先后顺序的颠倒?

有论者认为,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,就应当判处处罚较轻的死缓。按照刑法第 62 条和第 63 条所奠定的一般原则,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,在确定对被告人判处何种形式的死缓时,首先应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。但两个指导案例恰好相反,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。<sup>[7]</sup>但本文不认同这样的判断,两个指导案例并非是“将死缓当作了比死缓限制减刑还重的刑罚”,其处理方式有其合理性,而批判者的主张操作起来反而存在困难。

#### 1. 死缓限制减刑仅是普通死缓的一种补充

1997 年刑法第 48 条规定,对于应当判处死刑的“罪行极其严重的犯罪分子”如果“不是必须立即执行的”,要判处死刑同时宣告缓期两年执行。2011 年通过的《刑法修正案(八)》增加了关于死缓限制减刑的规定,对于相应的刑法规范体系进行了更新。但是,由于新增规定并非是在第 48 条“死刑的条件、执行方式与核准程序”的基本条文之中直接修订,而是规定在刑法第 50 条“死缓的法律后果”中,这就有比较充分的理由可以认为,1997 年刑法规定的(普通)死缓是死缓执行的基本方式,是原则,而 2011 年修正案新增的死缓限制减刑仅是这一原则的补充或曰例外,两者并非完全并列、对等的关系。所以,如果接受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<sup>[8]</sup>时自不必说,即便按照先考虑死刑立即执行再考虑死缓的通常理解,也应该重视这种“原则—补充”的对应关系。从而,对于“不是必须立即执行”的犯罪分子,按通常理解虽需要顺序递减选择量刑幅度,但在死刑立即执行的下一量刑幅度即死缓中,应该首先考虑基本的死缓执行方式,而仅在例外的场合,才可以“根据犯罪情节等情况”,考虑限制减刑。就此而言,指导案例的裁判理由既是基于对刑法第 48 条与第 50 条关系的清楚认识,也是对于两种死缓执行方式之间关系的恰当申明。

#### 2. 明确框定“剩余情节”难以如愿

在对于被告人已经决定判处死缓的前提下,具体决定是否限制减刑时,上述论者看重和强调的是要根据《人民法院量刑指导意见(试行)》(以下简称《指导意见》)的相关规定,确定每个量刑情节影响处罚轻重的分量和比例,然后对不同情节采用同向相加、逆向

[7] 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 105-106 页。

[8] 参见劳东燕:《死刑适用标准的体系化构造》,《法学研究》2015 年第 1 期,第 187-190 页。

相减的原则合并,得出最终剩下的情节比例,以便根据这一比例是从严情节还是从宽情节,决定是否限制减刑。<sup>[9]</sup>但前述论断需要具备的一个前提是,禁止重复评价原则要求,能够明确区分出哪些情节是用来判断属于“不是必须立即执行”的,哪些情节是上述判断之后仍然“剩余”从而有资格进入后续依《指导意见》折算、合并这一步骤的。问题是,除了具备应当从轻处罚情节的场合之外,确定具备何种情节或者哪些情节就是“不是必须立即执行”则缺乏明确、统一的标准,一些司法解释性的文件也仅是提供了某种倾向而缺乏强制力。这样,上述区分本身就极为困难,甚至不可能,最终只能取决于法官的政策把握和自由裁量。

如果认为通过《指导意见》这种“量”上的比例折算判断最终的“剩余”情节是有利于还是不利于被告人存在疑问的话,对批判者的主张还可能有另一种理论解释。即,其主张的从重到轻、顺序递减地选择量刑幅度,先考虑死缓限制减刑后考虑普通死缓,其实质上是认为,裁判者面对“剩余的”有利于被告人和不利于被告人的不同情节时,应该先根据不利于被告人的情节判断是否能判限制减刑,而后再根据有利于被告人的情节判断是否需要限制减刑,这样对被告人更为有利。而指导案例却颠倒了顺序,先考虑有利于被告人的情节进而先考虑判处普通死缓、然后再考虑限制减刑问题了。这实际上是一种侧重于犯罪情节性质的“质”上的思路。本文也认可,在刑罚裁量中存在逆向情节竞合的场合,需要先考虑从重情节以便为被告人设置一个刑罚上限,之后再考虑各种从轻情节,这样的结果对被告人更为有利。但问题仍然是,只要何种情节是“剩余”的有利于被告人的情节这一问题本身难以厘清,则是否对拟判死缓的被告人限制减刑需要先考虑从重情节再考虑从轻情节的主张就仍会落空。

## 二 两个指导案例的积极意义和实践影响

由上可知,上述各位论者对于王志才案和李飞案的三点质疑值得商榷。最高人民法院将这两个案件作为指导案例,其所传递的信息并非“负面的东西比正面的东西还要多一些”<sup>[10]</sup>,相反却具有积极意义。其意义明显体现于,在实务中故意杀人罪死刑裁量仍处于“高位运行”“高价运行”的现实态势下,纠正司法实务中过度迁就被害人亲属态度、一旦不谅解就“就高”判处死刑立即执行的错误做法。明确告诉司法者,在故意杀人犯罪手段(特别)残忍的场合,即便是没有法定从宽处罚情节,即便是被害人亲属不接受赔偿、不予以谅解,也必须要结合案件本身的客观危害和主观恶性裁量刑罚,只要是被告人具有一定的从宽情节,就应考虑判处死缓限制减刑,下级法院如果上升矛盾判处死刑立即执行,最高人民法院也不会核准。正如最高人民法院案例指导工作办公室在解读王志才案时专门指出的那样,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

[9] 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106页。

[10] 周光权:《刑事案例指导制度:难题与前景》,《中外法学》2013年第3期,第486页。

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>[11]</sup> 在“纠偏”和限制死刑立即执行适用的意义上,两个指导案例的积极作用是显而易见的。<sup>[12]</sup>

事实上,上述两个指导案例,已经对司法实践中故意杀人罪的死刑裁量产生了实际影响。通过对北大法宝和中国裁判文书网的搜索,虽然数量很少,但两个指导案例都各自发挥了作用,这一点不容否认。

通过包括中国裁判文书网、北大法宝在内的各种搜索手段,虽未能找到在人民法院的裁判理由中明确提到指导案例 4 号王志才案的判决或裁定,但在吴志宽故意杀人案中,针对被告人以双手掐颈的方式杀害前妻的事实,两审法院都肯定其属于“手段残忍”,一审法院认为被告人无法在两名子女成年之前亲自照顾抚养,履行其作为一名父亲的职责,以此对吴志宽酌情从轻处罚判处 15 年有期徒刑,检察机关以量刑畸轻为由提出抗诉,在其抗诉理由里提到了王志才案作为对比。而二审法院提出,被害人亲属包括已近成年的女儿对其犯罪行为均不予原谅,<sup>[13]</sup>但“鉴于本案的发生与婚姻、家庭矛盾有关”以及被告人“归案后尚能如实供述自己的主要犯罪行为”,并未按照量刑建议判处死缓,最终改判被告人无期徒刑,部分采纳了抗诉意见。<sup>[14]</sup> 不过,仍值得讨论的是,在未查清被告人杀人的真实动机等事实的情况下,能否仅因双方曾是夫妻、男方提出复婚女方不同意等事实,即肯定“本案的发生与婚姻、家庭矛盾有关”,仍有疑问。而若这一点不能肯定的话,先前已然在裁判理由中申明“被害人亲属包括已近成年的女儿对其犯罪行为均不予原谅”之后,又囫圇吞枣地认为“本案的发生与婚姻、家庭矛盾有关”,其说服力仍然成为问题。

在苗占等故意杀人案中,杀人凶器是事先购买的,同时被告人有自首情节。一审法院在认定苗占论罪应处以死刑之后,援引最高人民法院指导案例 12 号李飞案,考虑本案系因民间债务纠纷而引发,苗占有自首情节,从而判处其死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身。<sup>[15]</sup> 本案主要是着眼于民间债务纠纷的现实以及自首情节,而未判处死刑立即执行。李飞案并未被法院认定为自首而本案却具有自首情节,凸显了指导案例对下级法院裁判中“类似”案例的指导作用。同样,在秦小飞故意杀人案中,一审法院也是参照最高人民法院指导案例 12 号所确定的裁判要点,鉴于该案系因民间矛盾引发的犯罪,被告人有自首情节,被告人亲属案发后代为赔偿部分经济损失等情况,从而综合本案被告人的犯罪事实、情节、性质以及社会危害程度,判处被告人死刑缓期二年执行,剥夺政治权利终身。<sup>[16]</sup> 本案与指导案例 12 号李飞案的类似之处,除了在于本案具有自首情节之外(李飞案具有相当于自首的情节,详见后文分析),主要在于,(1)本案系因民间矛盾引发的犯罪,以及(2)秦小飞亲属案发后代为赔偿部分经济损失这两点。而且,与前述的苗占

[11] 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》2012 年第 7 期,第 42 页。

[12] 具体分析参见付立庆:《死刑案件裁判过程中的司法软骨病及其祛除》,《法学》2013 年第 10 期,第 22 页。

[13] 不过,在本案中,鉴于加害人、被害人与被害家属之间的亲属关系,这种“不予原谅”未被作为从重处罚的理由,而只是用来强化被告人对于未成年子女的抚养义务不足以对其从轻处罚。

[14] 参见广东省高级人民法院(2016)粤刑终 340 号刑事判决书。

[15] 参见内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2016)内 05 刑初 10 号刑事附带民事判决书。

[16] 参见内蒙古自治区乌海市中级人民法院(2016)内 03 刑初 5 号刑事附带民事判决书。

案一样,本案也只是判处了普通的死刑缓期两年执行,而没有判处相对更重的死缓限制减刑。这足以表明,两个故意杀人罪的死刑裁量指导案例,其参考价值不仅在于提供了死缓限制减刑的裁量标准,更重要的价值在于,其明确提供了不予核准死刑的案件类型。这一点,对于统一下级法院的死刑立即执行的适用标准、严格死刑裁量,是具有积极意义的。

在王冠故意杀人案中,杀人工具弹簧刀是被告人随身携带的,但并非有预谋的杀人。一审法院以故意杀人罪判处被告人死刑立即执行,<sup>[17]</sup>在被二审法院发回重审后,广州中院认为,被告人当着未成年人的面行凶,捅刺被害人三十余刀,犯罪手段极其残忍,社会危害性极大,罪行极其严重,即便认罪态度较好亦不足以对其从轻处罚,从而再次以相同罪名判处死刑立即执行。<sup>[18]</sup>该案在重审宣判后,未收到抗诉、上诉。广东省高级人民法院经审查于2016年6月6日作出(2015)粤高法刑四复字第87号刑事裁定,决定依照二审程序提审,并于2017年2月21日在本院第九法庭公开开庭审理了本案。广东省人民检察院出庭检察员认为,被害人虽对矛盾发生负有一定责任,但无明显过错,对矛盾激化也不负直接责任,一审判处死刑立即执行基本适当。不过,“根据最高人民法院的指导案例的意见,对于因民间矛盾引发的故意杀人案,被告人积极赔偿的,人民法院根据案件的具体情节,从尽量化解社会矛盾的角度考虑,可以判处被告人死刑,缓期二年执行,同时决定限制减刑。本案中王冠离婚后一人带着孩子从东北出来心情不好,因清洁问题与他人发生矛盾而激情杀人,不是为了谋财,主观恶性不如有预谋的故意杀人罪大,归案后能如实供述犯罪事实,认罪悔罪态度好,并愿意赔偿被害人亲属,如果可以获得被害人亲属的谅解,可以对其改判死缓。建议合议庭根据案件的具体情况依法裁判”。检察机关并未一概追求重刑、死刑立即执行,而是能够注意和重视最高人民法院指导案例的立场和其中体现出的严格限制死刑适用的政策倾向,值得肯定和赞许。而广东省高级人民法院提审后认为,综合案件的起因、被害人引发案件的责任、被告人的认罪悔罪态度等情况,本案尚不属于判处死刑必须立即执行的情形,从而判处了被告人死刑缓期两年执行。<sup>[19]</sup>法院虽未直接在裁判理由中引用最高人民法院的指导案例,甚至也没有提到“民间纠纷”等情节,但从其对于本案起因以及被害人过错等的分析来看,实际上还是认可了本案系民间矛盾激化而成。考虑到最终的死缓判决结论,可以认为,指导案例在限制死刑适用中所起到的积极作用是实实在在的。

### 三 两个指导案例中的若干关键词及其展开

两个指导案例所涉及的关键词很多,比如民间矛盾、死缓限制减刑等,对此都已经有了较为充分的研究。比如,有论者认为,民间矛盾之所以影响死刑裁量,因为它是犯罪动

[17] 参见广州市中级人民法院(2014)穗中法刑一初字第297号刑事附带民事判决书。

[18] 参见广州市中级人民法院(2015)穗中法刑一重字第8号刑事判决书。

[19] 参见广东省高级人民法院(2016)粤刑终1397号刑事判决书。

机的非规范表达,是衡量人身危险性的重要标准,是联结死刑政策和死刑规范的重要纽带。<sup>[20]</sup> 还有论者强调,死缓限制减刑是介于死刑立即执行和死缓之间的、与普通死缓有别的一种死刑执行方式。<sup>[21]</sup> 有鉴于此,对这两个问题本文不再展开分析,仅是强调如下两点。其一,尽管“民间矛盾”的范围不能无限制的扩大解释,但也不应该将其局限于婚姻、家庭、恋爱、邻里等纠纷,而应该也包括劳动纠纷、债权债务纠纷、管理失当引发的纠纷等,<sup>[22]</sup>其特征不应是所谓的“发生在熟人之间”“源于日常生活琐事”,而在于强调矛盾的民间性和事出有因,用意在于与发生在社会上的严重扰乱社会治安的案件加以区别,标定加害人的较小人身危险性和再犯可能性。因此,譬如拆迁纠纷,也应该属于民间矛盾。其二,死缓限制减刑对于替代死刑立即执行适用的重要意义,正逐渐凸显出来。例如,在受到媒体广泛关注的丁汉忠抗拒拆迁将二人杀死的案件中,犯罪手段不可谓不残忍、犯罪后果也确属严重,但经过重审,一审法院仍以“施工人员对引发本案负有一定责任”(注意,不是“被害人过错”)这一情节为由,判处了丁汉忠死缓限制减刑,<sup>[23]</sup>并且这一结论被二审法院裁定维持。<sup>[24]</sup> 这样的判决结果,在死缓限制减刑制度被规定之前,可能是难以想象的。

针对最高人民法院的两个指导性案例,本文特别关注或者强调的,是后述几组关键词,聚焦于这些关键词,我们能够发现故意杀人罪死刑裁量中的一些症结,进而可能提出一些针对性的建议。

#### (一)被害人(亲属)谅解与被告人赔偿

最高人民法院在一系列规范性文件中都提出,被告人事后真诚悔过,对被害人及其亲属积极赔偿,取得被害人或其亲属谅解的,应依法从宽处罚,慎用死刑立即执行。<sup>[25]</sup> 2009年7月底至8月初,最高人民法院在《法制日报》连续公布了5起依法不核准死刑的故意杀人典型案例,每起案例都因法官积极进行附带民事调解,促成被害人亲属对被告人谅解,从而不核准死刑。评论者认为,这些案例进一步向社会昭示了最高人民法院默许甚至推动通过被害人谅解减少死刑立即执行适用这项改革举措的决心。<sup>[26]</sup> 实践之中,有研究者从中部H省随机选取7个地市自2007年至2011年中级法院一审判处死刑经二审上诉改判死缓案件,共计131件,其中因存在被害人谅解情节而改判的案件84件。<sup>[27]</sup> 综

[20] 参见姜涛:《死缓限制减刑适用中的“民间矛盾”——从首批刑法指导案例切入》,《政治与法律》2015年第4期,第19-22页。

[21] 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100-101页。

[22] 相反,肯定民间矛盾应该限于上述特定领域的,参见姜涛:《死缓限制减刑适用中的“民间矛盾”——从首批刑法指导案例切入》,《政治与法律》2015年第4期,第26页。

[23] 参见山东省潍坊市中级人民法院(2016)鲁07刑初32号刑事附带民事判决书。

[24] 参见山东省高级人民法院(2017)鲁刑终315号刑事附带民事裁定书。

[25] 比如最高人民法院2005年《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、2007年《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》、《关于进一步加强刑事审判工作的决定》和2010年最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》以及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》等。

[26] 参见王彬辉:《论我国被害人谅解影响死刑适用泛化及其程序规制》,《法学杂志》2013年第9期,第10页。

[27] 参见王彬辉:《论我国被害人谅解影响死刑适用泛化及其程序规制》,《法学杂志》2013年第9期,第10-11页。



可见,被害人谅解虽然并非法律明文规定的从宽处罚情节,但其对故意杀人案件死刑裁量起着实实在在的作用,其权重甚至重于法定从宽情节自首。

但是,中国司法实践中的突出问题在于,在故意杀人罪的场合,被告人一方有积极的赔偿意愿也千方百计地筹措资金进行赔偿,而被害人亲属却根本不接受赔偿,谅解自然也就无从谈起。中国的传统文化之中,并不充分具备宽恕、宽容的土壤,相反,却充斥了报应、报复的种子。在故意杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪之中,受“杀人偿命”观念影响,被害人亲属头脑中通常想的是,“无论赔偿多少钱,我那死去的儿子也回不来了”,“既然我儿子被你儿子杀死了、回不来了,那你儿子就要偿命”,“我要是接受了你们家的赔偿然后原谅你们,就是拿我儿子的命换钱”。如此等等。在这样的观念影响下,不接受赔偿、不予以谅解是常态,予以谅解的反而是另类、少数。<sup>[28]</sup>但是,因为“被害人亲属不予谅解”而不判普通的死缓而是判死缓限制减刑,甚至是直接判死刑立即执行,虽说是试图通过较重刑罚达到安抚被害人亲属情绪的效果,但却存在着过度牺牲被告人的自由(普通死缓与死缓限制减刑之间在实际需要执行的刑期上存在不小差别)乃至生命(死缓与死刑立即执行的差别无需多言)的问题。就此而言,在最高人民法院所公布的两个指导案例中,山东省高级人民法院和黑龙江省高级人民法院在重审之后改判死缓的裁判理由里都强调了“被害人亲属不予谅解”,将其当成了不是直接改判死缓而是改判死缓附加限制减刑的重要理由。这确实过于突出了“谅解”的价值,“高估了被害人亲属谅解在死缓限制减刑决定中的意义”。<sup>[29]</sup>对此,有论者一针见血地指出:“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。”<sup>[30]</sup>

所以,需要理性看待被害人谅解在故意杀人罪死刑裁量中的作用,“正视被害方谅解或者拒绝接受赔偿对于死刑适用的影响”。<sup>[31]</sup>“被害人亲属不予谅解”虽然也被一些学者直接归纳为最高人民法院两个指导案例的酌定从重处罚情节,<sup>[32]</sup>但这不过是一种目前实然做法的总结而已。从应然角度讲,被害人不谅解并非酌定从重情节,不应该影响法官

[28] 有学者对某中级人民法院2009-2014年一审死刑(包括死缓)的21个案件分析后发现,9起案件达成了经济赔偿和谅解协议,法院也最终判处了死缓;但在6起案件中,虽然被告方悔罪也愿意赔偿,但被害人亲属拒绝谅解而坚决要求判处死刑,甚至通过上访等方式向法院施压。参见宣刚:《被害人谅解书与死刑适用的困境与出路》,《内蒙古社会科学(汉文版)》2016年第5期,第99-100页。

[29] 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106页。

[30] 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107页。

[31] 阴建峰:《故意杀人罪死刑司法控制论纲》,《政治与法律》2008年第11期,第19页。

[32] 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,第49页。

裁判,特别是 shouldn't 影响法官的死刑裁判,在缺乏宽恕精神和宽容文化而崇尚“杀人偿命”观念的中国,尤其应该强调这一点。<sup>[33]</sup> 与此相对,被害人谅解则表明了为犯罪行为所侵害的法律关系的部分修复,从而理应成为酌定从宽处罚情节。

除此之外,本文还想强调如下两点。第一,尽管刑事法律关系一经发生就被认为是国家和犯罪人之间的关系,国家通过惩罚犯罪人而保护社会,但必须明确,刑事被害的直接受害者是被害人,在故意杀人案件中则直接体现为被害人的亲属。因此,在刑事诉讼过程中,必须设计和引领被害人亲属以当事者等合理身份参与其中,以为其理性表达诉求提供制度性空间,使其参与渠道正式化、参与方式规范化。此外,在有效利用附带民事诉讼制度的同时,未能有效管控自己公民的国家也应通过国家补偿制度等方式,对于被害人亲属予以必要安抚。第二,凡事需讲求度与平衡,在强调被害人亲属权利保障的同时,也要对其予以必要限制。对此,一方面不能将被害人(亲属)谅解在故意杀人罪死刑裁量中的意义绝对化,另一方面,为了不影响法官的正常裁判,也需要活用行政处罚甚至包括扰乱法庭秩序罪在内的刑事规制,以确保被害人亲属的情绪化诉求停留在能够容忍的范围之内。

当下实务中,在被告人一方有强烈赔偿愿望而被害方坚决不接受赔偿只要求严惩时,常会由被告方将相应赔偿款预先交到辩护人处,或者是由辩护人直接预存到主审法官处,而后由主审法官尽力主持调解,希望能够达成赔偿与谅解协议。但由于这种协议终究是自愿的而不可能强迫,在因被害方漫天要价远超被告方承受能力或者是被害方无论如何不接受赔偿不予以谅解时,主审法官就会放弃调解,不再考虑被告人赔偿的情节,或者充其量会在刑罚裁量时表述为无关大局的“被告人积极寻求赔偿”,而所缴纳的(部分)赔偿款则会被退回。这样一来,常常就会形成“你想赔偿我却不谅解,你若不谅解我就不赔偿”的死结,困扰加害与被害双方,也给法官的刑罚裁量带来难题。有学者主张,在被告人真诚悔罪并积极赔偿的情况下,若被害方拒绝接受并坚决要求严惩的,法院可以将赔偿金交付国家建立的被害人救助基金,并可在具体量刑时予以考虑。<sup>[34]</sup> 本文进一步认为,此种情况下需要将被告人一方向救助基金缴纳的救助金,由救助机构以国家名义和适当形式、适当金额救助该案的被害方,并将之视同为向被害方赔偿。就是说,在能够肯定积极寻求赔偿未获接受转为缴纳补偿金(救助金)仍旧体现了被告人的认罪悔罪态度和人身危险性降低时,这种并未获得被害方现实谅解的单纯缴纳补偿金(救助金),仍可作为被害人谅解之外一个独立的酌定量刑情节,使其在综合量定被告人刑罚时发挥既有利于被告人又比“因被告人赔偿而获得被告人谅解”权重小一些的作用。这样的话,既能为被告人尽可能不判处死刑立即执行增加一些理由和可能性,又能

[33] 在前引吴志宽故意杀人案的二审判决中提出,被害人亲属包括已近成年的女儿对其犯罪行为均不予原谅。参见广东省高级人民法院(2016)粤刑终 340 号刑事判决书。不过,该案的特殊性在于,由于加害人与被害人曾是夫妻关系,而该两名被害人亲属实际上也是加害人的子女,故而这种“不予原谅”未被作为从重处罚的理由,只是用来强化被告人对于未成年子女的抚养义务不足以对其从轻处罚。

[34] 参见阴建峰:《故意杀人罪死刑司法控制论纲》,《政治与法律》2008 年第 11 期,第 19 页。

使被害人亲属通过经济补偿而切实改善生活状况。如此一来,长期纠缠、困扰加害被害双方的上述死结,也才有望能够解开。

## (二) 杀人手段的残忍与特别残忍

杀人手段会对量刑产生影响,这一点已经为实证研究所证实。<sup>[35]</sup> 故意杀人的手段就其程度而言,从轻到重可分为轻微、一般、残忍、极其(特别、十分)残忍等几种类型。比如,应被害人请求而为其服用大剂量安眠药的,可谓手段轻微;用被子捂住被害人头部致其窒息死亡的,可谓手段一般。至于“残忍”或者“极其残忍”,则应该是考察的重点。在王志才案中,王持被害人宿舍内的一把单刃尖刀,朝其颈部、胸腹部、背部连续捅刺,致其失血性休克死亡。对此,山东省高级人民法院重新审理后,一方面在裁判要点中认为“被告人犯罪手段残忍,论罪应当判处死刑”;另一方面又在裁判理由中提出“同时考虑到王志才故意杀人手段特别残忍”,表面上看存在矛盾之处。但仔细辨别可见,前面是在说明被告人判处死刑的一般情形,后面则是对王志才本人犯罪手段的具体判断,后者才是具体的、实质性的——就是说,山东省高级人民法院认可了王志才故意杀人“手段特别残忍”。在李飞案中,李飞破门进入被害人徐某某卧室,持室内的铁锤多次击打徐某某头部,致其当场死亡,这被黑龙江省高级人民法院重审后认为“手段残忍”,但并未认为是“手段特别残忍”。都是临时在现场获得的犯罪工具(一个是单刃尖刀,一个是铁锤),都是连续捅刺或者多次击打,前者被定位为“手段特别残忍”而后者只是“手段残忍”,足见其中的区分界限并不明确。

在本文看来,判断杀人手段是否残忍,无疑要明确判断的对象是杀人行为,即具有导致他人死亡的具体危险性的行为。在此基础上,鉴于司法实务中普遍存在的将故意杀人的“手段残忍”泛化,<sup>[36]</sup>并将其作为肯定死刑立即执行重要标准的倾向,应该对杀人手段予以限定,即“手段”本身应该严格限定为“杀人所采取的具体方法以及行为方式”,<sup>[37]</sup>从而,考察杀人手段是否残忍。具体情形如下:(1)不应包括对于行为对象的评价,杀害老弱妇孺不直接等于“手段”残忍;(2)不应包括对于行为后果的评价,死亡两人不直接等于“手段”残忍;(3)不应该考虑被害人死亡之后分尸、焚尸等行为。<sup>[38]</sup>

杀人手段既决定法益侵害危险的现实化概率,也影响行为人可谴责性的程度。所以,残忍性的判断应该着眼于行为本身,围绕如下因素展开:(1)行为导致被害人死亡的具体危险程度,这虽也和被害人在具体场合的反抗能力有关,但主要是和行为人是否使用工具以及工具的类型等相关;(2)行为人故意造成他人惨死的状态,这在客观上体现为被害人死亡的惨烈程度,虽也和前述的行为人使用杀人工具及其类型相关,但此处需要通过从行为完成到死亡发生所间隔的时间长度、被害人的痛苦程度与肢体完整程度等征表出来;在

[35] 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2007年版,第159页以下。

[36] 例如在前述吴志宽案件中,对于用双手掐颈导致被害人死亡的行为,两审法院都肯定其属于“手段残忍”。

[37] 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51页。

[38] 参见陈兴良:《故意杀人罪的手段残忍及其死刑裁量——以刑事指导案例为对象的研究》,《法学研究》2013年第4期,第165页。

主观上则体现为行为人对这种惨烈状况的追求,因而是主客观相统一的,而非完全客观的;(3)行为本身为社会公众的憎恶程度,<sup>[39]</sup>这既包括处在犯罪现场的其他人对于犯罪行为的恐惧程度,也包括不在现场的一般公众事后得知后对该犯罪手段的厌恶程度,或者反过来说,一般人的接受程度。<sup>[40]</sup>以上三个因素环环相扣,综合决定杀人手段是否具有残忍性及其程度。其中,第一个因素直接关系到法益侵害危险的现实化概率,第二、三个因素则和行为人的可谴责性程度有关(因而即便是站在结果无价值论角度,仍可能从责任的层面对第三个因素加以说明)。本文进而主张:不具备其中任何因素的,属于手段轻微(情节较轻);具备了其中一个因素的,属于手段一般;具备了其中两个因素的,属于手段残忍;具备了全部三个因素的,属于手段特别残忍。通过以上努力,本文尝试完成对故意杀人“手段特别残忍”的教义学诠释,尽管这很困难,而且一定会受到质疑。需要说明,这样理解的结果,使得本文并不完全认同“所谓故意杀人罪的手段残忍是指,在杀人过程中,故意折磨被害人,致使被害人死亡之前处于肉体与精神的痛苦状态”,<sup>[41]</sup>因此,对该学者针对十个被司法实务认定为手段(特别或者十分)残忍的质疑态度,<sup>[42]</sup>本文也并不完全认同。尽管在这些案例中,确实存在着并未直接追求折磨被害人的情形,但在行为导致被害人死亡的具体危险很大、行为本身也为社会公众所憎恶的场合(比如王斌余案、王勇案、刘家奎案、阿古敦案乃至两个指导案例王志才案、李飞案等),其虽不能认定为手段特别(十分)残忍,但仍可以认定为手段残忍。将“手段残忍”与“后果严重”加以区分既是必要的也是可能的,但是,在类似上述诸多案件的场合,试图人为区分“手段残忍”与“情节严重”(注意不是“后果严重”)或者“情节恶劣”,即使初衷良好,也很难甚至不可能实现。在本文看来,犯罪手段应该理解为犯罪情节的内容之一,而不是与犯罪情节相并列的一个单独因素。在最高人民法院 2009 年《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》中,认为暴力抗法而杀害执法人员,以特别残忍的手段杀人,持枪杀人,实施其他犯罪后杀人灭口,杀人后为掩盖罪行或者出于其他卑劣动机分尸、碎尸、焚尸灭迹等场合,属于犯罪情节特别恶劣的故意杀人犯罪。可见,这一《指导意见》也是把故意杀人的手段特别残忍纳入情节特别恶劣之中予以考量的。在本文看来,不轻易批判司法解释的立场,而是尽可能对其予以充分尊重和合理解释,也是刑法教义学的基本前提。

### (三)被告人亲属主动协助抓捕而被告人未予抗拒

自首是一种可以型从宽情节,虽然表明了立法者的明确倾向,但也赋予了司法者充分

[39] 有论者认为,故意杀人罪的手段残忍的法理内涵是对善良风俗和人类恻隐心的挑战,手段残忍着眼于对一般善良风俗和伦理观念的违反(规范违反说),手段残忍足以反映出与一般的杀人手段相比,该手段本身的反伦理、反道德性更加严重(行为无价值);对于手段是否残忍,必须基于社会的一般道德观念,站在社会一般人的立场加以判断。参见车浩:《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的涵义》,《法学》2011 年第 8 期,第 42 页。

[40] 在孙习军等故意杀人案中,裁判要旨提出,以一般人难以接受的方法杀人的,可以认定为故意杀人罪的手段特别残忍。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·第二版),北京大学出版社 2018 年版,第 561 页。但如正文所述,本文认为杀人手段是否残忍或者特别(十分)残忍,需要综合判断,其中是否为“一般人难以接受的方法”是其中考虑的重要而非唯一因素。

[41] 陈兴良:《故意杀人罪的手段残忍及其死刑裁量——以刑事指导案例为对象的研究》,《法学研究》2013 年第 4 期,第 166 页。

[42] 参见陈兴良:《故意杀人罪的手段残忍及其死刑裁量——以刑事指导案例为对象的研究》,《法学研究》2013 年第 4 期,第 169 - 172 页。

裁量空间。正是这种自由裁量,使得自首对故意杀人罪死刑裁量所起的调节作用处在不确定状态,在自首和被害人亲属不谅解两个情节交织在一起时,尤其如此。比如,在一起由民间债务纠纷引发的暴力犯罪中,仅仅捅刺一刀而致命,仅有一名被害人,在被告人胡某某及时自首且口供真实、主动、及时、稳定的情况下,司法机关仍然未能扛住被害人亲属坚持严惩的要求,而以被告人“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”为由,认定“虽有自首情节但不足以从轻处罚”,从而判处被告人死刑立即执行,并且被最高人民法院核准。<sup>[43]</sup>在最高人民法院2010年12月22日印发的《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》等司法解释中已经对于自首影响量刑的裁判规则做出明确规定的情况下,司法者真正要做的是如何不受案外因素的干扰,最大限度地发挥自首制度的功能。

王志才案与李飞案的一个相同点是,两名被告人在归案后都能始终如实供述自己的犯罪事实,认罪态度好,即都具有坦白情节。两案的一个不同点在于其归案过程。王志才是在故意杀人得逞后次日服农药自杀未遂,而后被公安机关抓获归案。而李飞则在杀人得逞后潜逃,数日后逃至其姑母家中,委托其姑母转告其母亲梁某某送钱,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李飞抓获。而李飞在公安机关对其进行抓捕时,顺从归案,没有反抗行为。李飞的归案并未被认定为“自动投案”从而也就未被认定为自首,不过其上述归案过程仍然在裁判理由和裁判要点中被突出强调,对其被从死刑立即执行改判死缓限制减刑起到了重要作用。这就提出了一个理论问题,如何评价李飞的归案过程?

按照最高人民法院1998年4月17日印发的《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第1条规定,自动投案,是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉,或者虽被发觉,但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时,主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。并非出于犯罪嫌疑人主动,而是经亲友规劝、陪同投案的;公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友,或者亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的,也应当视为自动投案。<sup>[44]</sup>而根据2010年12月22日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》(以下简称《意见》)的规定,明知他人报案而在现场等待,抓捕时无拒捕行为,供认犯罪事实的,应当视为自动投案。该《意见》还明确指出,犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关,或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为,并如实供述犯罪事实的,虽然不能认定为自动投案,但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。李飞正属于此处的“在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为,并如实供述犯罪事实”,上述《意见》规定其不能认定为自动投案,但“可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚”。李飞案的黑龙江省高级人民法院的重审判决正是依此处理的。

[43] 对本案的详细介绍与分析,参见付立庆:《死刑案件裁判过程中的司法软骨病及其祛除》,《法学》2013年第10期。

[44] 实践中的例证,参见《张拴厚故意杀人案——犯罪后由亲属送司法机关归案并在一审宣判前如实供述罪行的,应认定为自首》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《中国刑事审判指导案例3侵犯公民人身权利、民主权利罪》,法律出版社2012年版,第18-21页。

从纯粹刑法教义学的角度讲,“亲属协助抓捕的行为,只能反映亲属本人对犯罪行为的态度以及相应的减少危害后果的努力,与行为人无关,因而不能将亲属的态度视作行为人的态度。”<sup>[45]</sup>但尽管如此,本文侧重强调如下几点。

首先,对于自首成立条件中的“自动投案”的把握应该适当从宽而非从严。审判实务上也有观点认为,在理解司法解释提出的“亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案”时,不能仅以这句话表面意思对“送去”一词作狭义理解,而应当对这一规定从本质意义上做广义理解。从亲友将犯罪嫌疑人送去投案这一行为的本身看,其直接作用和效果就是使犯罪嫌疑人犯罪后不与司法机关对抗和逃匿,不至于隐匿于社会继续犯罪,有利于案件的及时侦破和审判。因而,“将犯罪嫌疑人送去投案的”这一规定的本质含义,是使行为人实施犯罪行为后能将其有效地置于司法机关的控制之下,并使其承担相应的法律后果。这也是刑法规定的构成自首两个必要法定条件之一的“自动投案”的本质属性。因此,只要犯罪嫌疑人的亲友能将犯罪嫌疑人置于司法机关有效控制之下的,都应当看作“将犯罪嫌疑人送去投案”。<sup>[46]</sup>这样来看,指导案例 12 号中的李飞,由于其必定会在约定的时间来到约定的地点,实际上已经被其母亲、姑母等人置于司法机关的有效控制之下,若不考虑与前述《意见》明文规定之冲突的话,在应然层面上完全应该视为“自动投案”。

其次,在上述《意见》“关于‘自动投案’的具体认定”部分,有第(5)项,“其他符合立法本意,应当视为自动投案的情形”,可以将李飞的情形依据该项认定为“自动投案”。这虽与该《意见》中“在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为”时“不能认定为自动投案”的明确规定相悖,但在本文看来,像《意见》的态度那样,一方面不认定为“自动投案”从而不认定为自首,另一方面又“可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚”,在形式上会因为能否从宽处罚处于“不确定”之中,使得行为人投案的价值受到贬损,在实质上也缺乏足够的理由。

再次,在实务上,对于犯罪嫌疑人的亲属报案后,由于客观原因未能将嫌疑人送去投案,但予以看守并带领公安人员将熟睡中的嫌疑人抓获的,能否视为自动投案,存在不同认识。在具体案件中,一审法院以亲属并未将嫌疑人主动送去投案、不符合相关司法解释的规定为由,否定其属于自动投案。二审法院则认为,嫌疑人作案后其亲属一面及时报案,一面看守熟睡的嫌疑人防其外逃;当公安人员赶到后,其亲属又带公安人员到其睡觉处将其抓获,犯罪嫌疑人归案后亦如实地供述了犯罪事实,依法可视为自首,并据此将其刑罚裁量从一审的死刑立即执行改判为死缓。<sup>[47]</sup>进一步说,本文认为,如李飞案这样的,行为人亲属及时报告公安机关并协助公安机关将行为人抓获,行为人在公安机关对其进

[45] 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 94 页。

[46] 参见《张义洋故意杀人案——犯罪嫌疑人的亲属报案后,由于客观原因没能将嫌疑人送去投案,但予以看守并带领公安人员将其抓获的,能否视为自动投案》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《中国刑事审判指导案例 3 侵犯公民人身权利、民主权利罪》,法律出版社 2012 年版,第 85 页。

[47] 参见《张义洋故意杀人案——犯罪嫌疑人的亲属报案后,由于客观原因没能将嫌疑人送去投案,但予以看守并带领公安人员将其抓获的,能否视为自动投案》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编:《中国刑事审判指导案例 3 侵犯公民人身权利、民主权利罪》,法律出版社 2012 年版,第 84-86 页。

行抓捕时,顺从归案,没有反抗行为的场合,可称为情形(1),不排除其直接被解释为被亲友“送去”投案的可能性。退一步讲,即使不这样解释,这种情形与1998年《解释》所规定的情形(2)明知他人报案而在现场等待,抓捕时无拒捕行为,供认犯罪事实的,甚至情形(3)亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的场合,也只有程度上的差别而无本质性区别。既然《意见》将后两种场合认定为“自动投案”,则一并将第一种场合也囊括在内,有助于实现自首制度的宗旨,也有助于各种场合之间达到均衡。

最后,自首本身就是“可以”型从宽情节,且从宽幅度从从轻、减轻到免除处罚,裁判者可以根据案件的具体情况选择是否从宽以及从宽的具体幅度,从而实现司法经济与实质正义之间的均衡。这样,也就不必担心在通过放宽“自动投案”的认定节约司法资源和通过认定自首而从宽处罚达到实质正义之间失去平衡。

## 四 案例指导制度的出路

案例指导制度是近年来从国家层面着力推动的一项制度建设,中国共产党十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确指出:“加强和规范司法解释和案例指导,统一法律适用标准。”从2011年12月开始,截止到2017年11月,最高人民法院已经发布了17批共92个指导案例,其中有15个刑事指导案例,涉及受贿案(3号),故意杀人案(4号、12号),贪污案(11号),非法买卖、储存危险物质案(13号),抢劫案(14号),盗窃、诈骗案(27号),拒不支付劳动报酬案(28号),危险驾驶案(32号),利用未公开信息交易案(61号),合同诈骗案(62号),精神病人强制医疗案(63号),生产、销售有毒、有害食品案(70号),拒不执行判决、裁定案(71号),假冒注册商标案(87号)等。其中,唯有故意杀人案占据了两席。案例指导制度方兴未艾,研究其功能,探究其完善方向,是十分必要的,对于故意杀人罪的死刑裁量来说,尤其如此。

### (一) 案例指导制度的吸纳不满功能

从官方的理解来看,“最高人民法院发布指导性案例,就是用案例来推进法律统一、公正、高效地实施,用案例来解释法律的条文和精神。因此,我国的指导性案例只能是释法机制而不是造法机制”<sup>[48]</sup>。通过具体案例解释法律的条文与精神,这可称为案例指导制度的“释法”功能;而伴随着释法来总结、提炼规则,并将其推广运用于类似案例,会尽可能使司法裁判统一标准,以实现“统一法律适用”的目标,这可称为案例指导制度的“统一尺度”功能。

除了释法功能和统一尺度功能之外,在死刑裁量的问题上,本文还特别强调案例指导制度所具有的吸纳被害人(或其亲属)不满、稀释其抵触情绪的功能。通过由最高人民法院审判委员会通过、以最高人民法院名义公布的指导案例,可以明确透露这样的信息:最高人民法院对死刑裁量标准等问题就是如此把握的,“再怎么闹也就这样了”,“该不核准的就不会核准”,从而也就更可能去接受现实,而不会顽固纠缠。这是在消极意义上而

[48] 胡云腾:《案例指导制度的构建意义深远》,《法制资讯》2013年第10期,第53页。

言的。从积极的角度讲,通过指导性案例,尤其是其中的裁判理由,将法律规定不甚明晰、存在概括性或模糊性的地方予以明确和具体化,也就是通过指导案例释法功能的充分发挥,也才可能使得被害人(或其亲属)的诉求回到理性的轨道上来。尤其是在故意杀人罪的死刑适用问题上,受“杀人偿命”观念影响的死刑立即执行的坚定诉求会因类似案件中的死缓或者死缓限制减刑而被软化。最高人民法院的研究室负责人曾指出:过去由于死缓犯平均服刑十六七年,有的服刑十四五五年便可获释,被害人亲属出于罚不当罪的认识或担心自身安全或受“杀人偿命”观念支配,往往对本可判处死缓的罪犯也强烈要求判处死刑立即执行。有相当一部分案件的被害人亲属提出,如果对被告人长期监禁,则可以接受死缓判决结果。<sup>[49]</sup> 通过案例指导制度的示范效应以及死缓(限制减刑)实际执行期限延长的实质效果,会最大限度吸纳被害人亲属的不满,尽可能获得其认可。就此而言,将典型的案例上升为指导性案例,意义重大。例如,前述的山东因为拆迁而故意杀害两人的丁汉忠案,考虑到其审判中积极的、不同于两个既有指导案例的独自意义,完全有资格被推荐为一个独立的最高人民法院指导案例,以便对被害人对于矛盾激化负有一定责任、被害结果特别重大、被害人亲属又不谅解场合的死刑裁量起到指导作用。如真能成为指导案例的话,对于类似案件,相信会起到较好的化解矛盾、吸纳来自被害人亲属不满的功能。

## (二) 指导案例的“参照”地位及其效力的提升

### 1. 指导案例的地位

《最高人民法院公报》在 1985 年开始向国内外公开发行人,其中刊载的大量典型案例成为全国各级法院审理同类型案件的重要参考、借鉴依据,之前即已经开始探索的最高人民法院案例指导工作由此进入了一个新的阶段。<sup>[50]</sup> 2005 年《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》第一次正式提出,要“建立和完善案例指导制度”。2008 年 12 月,《中央关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》将案例指导制度作为国家司法改革的重要内容。2010 年 11 月 26 日,为总结审判经验,统一法律适用,提高审判质量,维护司法公正,根据《中华人民共和国人民法院组织法》等法律规定,最高人民法院就开展案例指导工作制定了专门规定,标志着人民法院的案例指导制度正式建立。《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》)第 2 条指出,指导性案例,是指裁判已经发生法律效力,并符合以下条件的案例:(一)社会广泛关注的;(二)法律规定比较原则的;(三)具有典型性的;(四)疑难复杂或者新类型的;(五)其他具有指导作用的案例。符合以上条件之一的,由最高人民法院审判委员会讨论决定后,统一在《最高人民法院公报》、最高人民法院网站、《人民法院报》上以公告的形式发布。2015 年 5 月 13 日印发的《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》(以下简称《细则》)第 2 条进一步明确,指导性案例应当是裁判已经发生法律效力,认

[49] 转引自叶良芳、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 88 页。

[50] 参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,《法学研究》2008 年第 6 期,第 4 页。



定事实清楚,适用法律正确,裁判说理充分,法律效果和社会效果良好,对审理类似案件具有普遍指导意义的案例。

不过,案例指导制度究竟能发挥多大的作用,与指导性案例的效力直接相关。根据《规定》第1条,指导性案例“对全国法院审判、执行工作具有指导作用”。《规定》第7条指出:“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”按照时任最高人民法院研究室主任胡云腾的理解,所谓参照,就是参考、遵照的意思;所谓应当参照,就是必须参照的意思。在诉讼活动中,当事人提出要求人民法院参照某个指导性案例,人民法院在诉讼活动或者裁判文书中一般要加以回应并说明是否参照的理由,这是实现司法公正的要求,打造司法公信的要求,也是司法活动讲理的必然要求。<sup>[51]</sup>《细则》第10条进一步提出,“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的,应当将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用”。《细则》第11条规定:“在办理案件过程中,案件承办人员应当查询相关指导性案例。在裁判文书中引述相关指导性案例的,应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点。公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人引述指导性案例作为控(诉)辩理由的,案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由。”《细则》第9条规定:“各级人民法院正在审理的案例,在基本案情和法律适用方面,与最高人民法院发布的指导性案例相类似的,应该参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”根据以上规定,指导性案例的指导范围和指导作用由裁判要点限定,只有最高人民法院归纳的裁判要点对全国法院才有普遍的指导作用,指导性案例中超出裁判要点的其他指导价值,就不具有普遍指导作用,指导性案例的指导意义以裁判要点的归纳为限。<sup>[52]</sup>

## 2. 从事实拘束力到法律拘束力

通常认为,我国当下的指导案例与司法解释不同,不具有法律的拘束力,而只具有事实上的拘束力。<sup>[53]</sup>最高人民法院在《规定》中对指导性案例的定位是“应当参照”,相关人士的解读也认为《规定》中实际上只肯定了指导案例事实上的拘束力。<sup>[54]</sup>而且,还强调指导性案例不能作为裁判依据来援引,而只能作为判决理由加以援引,以强化法官的说理论证,提升裁判的说服力和权威性,实际上也还是认为指导性案例缺乏法律拘束力。<sup>[55]</sup>不过,问题在于,对于同类案件仅具有“参照”效力而缺乏强制拘束力,事实上效果有限,最终会沦为“法院不想援引就不援引,觉得和自己的预判不一致就不援引”的状况。即便是律师或者辩护人提出了指导性案例,法院也可以以“指导性案例与本案存在事实上的重要差别”“并非相似案件”为由,而轻易化解。前文已经介绍过的,对两个故意杀人案

[51] 参见胡云腾:《案例指导制度的构建意义深远》,《法制资讯》2013年第10期,第53页。

[52] 参见胡云腾:《案例指导制度的构建意义深远》,《法制资讯》2013年第10期,第53页。

[53] 参见周道鸾:《中国案例指导制度若干问题研究》,《中国法律》(香港中英文双语月刊)2010年第1期,第30页;陈兴良:《案例指导制度的规范考察》,《法学评论》2012年第3期,第123页;周光权:《刑事案例指导制度:难题与前景》,《中外法学》2013年第3期,第494页。

[54] 参见胡云腾等:《统一裁判尺度实现司法公正——〈关于案例指导工作的规定〉的解读》,《中国审判》2011年第1期,第12页。

[55] 参见于同志:《论指导性案例的参照适用》,《人民司法》2013年第7期,第64页。

指导性案例的超低频度援引就足以说明这一点。<sup>[56]</sup>

案例指导制度在概念使用上刻意与“判例”概念以及判例制度保持距离,其直接的原因是,担心采用“判例”概念会导致实务中的误解,深层的原因则是认为英美法系国家的判例法与我国的政治制度不符。<sup>[57]</sup> 虽然也有学者认为“所谓指导性案例其实就是判例”,<sup>[58]</sup>但是,只有赋予指导性案例对于类似案件的强制性效果,才能真正发挥“指导”作用。事实上,与最高人民法院对于案例指导制度的“应当参照”这一态度不同的是,地方高级法院则常常是希望指导案例的效力越高越好。例如,时任广东省高级人民法院常务副院长陈华杰在接受采访时就建议,可以考虑通过立法赋予最高人民法院案例指导的法律强制力,从而真正发挥这项制度的优势。<sup>[59]</sup> 理论上也认为,指导性案例是一种司法解释之外的裁判规则的提供方式,是最高人民法院对死刑的一种间接控制方式。<sup>[60]</sup> 而一旦指导案例具有了学者所主张的超出释法功能的创制规则功能,<sup>[61]</sup>也就具备了上升为判例的实质理由。引入判例制度、将指导性案例上升为判例,既是世界性趋势,也是中国当下提升刑事审判质量的可行选择。<sup>[62]</sup> 认为“我国法官的业务素质整体上还不高,尚不足以承担起创制判例的任务”,<sup>[63]</sup>本身就是对最高人民法院法官群体的不信任。需要说明,主张指导性案例要具有法律拘束力、应该上升为判例,显然不是通过对现有有关案例指导制度的规范性文件的解读而得出的,而是一种应然层面的主张。同时,在当下尚未建立正式的判例制度之前,与其遮遮掩掩地肯定指导性案例具有事实上的拘束力,不如直截了当地认为,经最高人民法院审判委员会讨论选定的指导案例具有司法解释的效力,具有法律上的拘束力,地方各级人民法院必须执行遵循,最高人民法院也必须遵守自己选定的判例解释。<sup>[64]</sup> 只有这样,指导性案例才能发挥更大的价值。对此,存在着突破罪刑法定原则的限制、法官造法等难题或者忧虑,<sup>[65]</sup>这样的担忧也不无道理,不过,在坚持罪刑法定原则的前提之下,仍然存在着通过判例将法律规定的含糊之处予以厘定的问题,这与其被理解

[56] 截至 2017 年 5 月,我国目前公布的裁判文书数量多达 3000 余万,但指导性案例的应用案例仅有几百例,司法实践中法官应用效果不够理想,应用案例也主要集中在个别案例上。同时,在援引方式上,法官更倾向于通过隐性援引的方式应用指导性案例进行裁判,不利于对司法裁判的监督。隐性援引是指在审判过程中,检察人员建议或诉讼当事人请求法官参照指导性案例进行裁判,法官对此在裁判理由部分未明确作出回应,但是其裁判结果与指导案例的精神是一致的情况。参见郭叶、孙妹:《指导性案例应用大数据分析——最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2016)》,《中国应用法学》2017 年第 4 期,第 59-60 页、第 48 页注 9。

[57] 参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,《法学研究》2008 年第 6 期,第 7 页。

[58] 陈兴良:《案例指导制度的法理考察》,《法制与社会发展》2012 年第 3 期,第 73 页。

[59] 参见邓新建:《立法赋予最高法指导性案例法律强制力》,《法制日报》2011 年 5 月 5 日第 5 版。

[60] 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,第 56-57 页。

[61] 参见陈兴良:《我国案例指导制度功能之考察》,《法商研究》2012 年第 2 期,第 13-14 页。

[62] 就世界范围而言,两大法系出现了逐步融合的趋势,这种融合不仅体现在理论上的相互吸收、借鉴,也体现在传统大陆法系国家德国、日本等越来越重视判例,而英美国家也越来越重视成文法的作用。在这种融合之中,遵循先例的原则得到贯彻,而司法裁判上的秩序和统一也得以达成。我国早在民国时期,最高人民法院的判例就起着法律渊源的作用,对判例的专门汇编还形成了《最高法院判例要旨》(1934、1943 年)。参见汪世荣著:《判例与法律发展:中国司法改革研究》,法律出版社 2006 年版,第 75 页。

[63] 周道鸾:《中国案例指导制度若干问题研究》,《中国法律》(香港中英文双语月刊)2010 年第 1 期,第 31 页。

[64] 参见董晖主编:《中国判例解释构建之路》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 150 页。

[65] 参见周光权:《刑事案件指导制度:难题与前景》,《中外法学》2013 年第 3 期,第 487-489 页。

为法官“造法”，不如说就是对罪刑法定原则的实质理解和动态把握。

### (三) 案例指导制度的完善途径

当下,对于指导性案例的完善路径,有论者提出以下建议:(1)进一步明确指导性案例的遴选标准,(2)增加发布数量并扩大覆盖的领域和范围,(3)完善法官应用指导性案例的培训制度,(4)建立指导性案例应用的监督机制,(5)完善指导性案例应用的激励机制,(6)鼓励法官以明示方式规范应用指导性案例等内容。<sup>[66]</sup>这其中,建立指导性案例应用的监督机制尤其重要。只有通过法院内部的监督(上下级法院间的审级监督,以及法院内部专门机构对本级法院的监督)、检察机关的监督以至社会范围内的有效监督,使得自觉、有效、积极、明确地援引指导性案例成为制度,该引用而未引用即面临不利后果时,指导性案例的“应当参照”才能切实发挥作用。至于通过精神激励、薪酬激励、荣誉激励等鼓励法官应用指导性案例,则不过属于锦上添花。

以上内容更多是从技术层面而言的,在本文看来,这些完善途径固然需要,但更重要的是一些机制层面的变动。对此,本文着重强调如下两点。一点是,以死刑复核程序为代表,目前最高人民法院还不太习惯于直接改判而更多愿意发回重审。最高人民法院应该更多地通过二审、死刑复核或者提审、再审等各种途径和方式,直接对一些重大案件作出判决,形成判例。通过此种判例在内容上充分说理形成裁判规则,指导法官适用法律,这比单纯“由最高人民法院审判委员会通过”这种形式上、程序上的途径更有说服力,更值得信赖。<sup>[67]</sup>另一点是,尽管本文没有更多涉及,但当下的实务中除了最高人民法院的审判指导案例之外,最高人民检察院也以检察委员会通过的方式发布检察指导案例。从规范检察实务的角度讲,这种检察指导案例或许也有存在的必要。但必须明确,审判中心、法官至上是现代法治的核心,对法官形成终局裁判具有拘束力的只有审判指导案例,以及由此发展而来的判例。“为了维护指导性案例的权威性和适用法律的统一性,发布案例只能实行一元化,不能实行多元化,即只能由国家最高审判机关发布。”<sup>[68]</sup>尽管论者是在强调下级人民法院不能发布指导案例的意义上提出的上述判断,<sup>[69]</sup>但用在本文的语境中仍然适合。所以,最高人民检察院放弃所谓指导案例的发布,<sup>[70]</sup>统一形成由最高人民法院形成判例的机制,对于维护裁判的权威和判例的效力,也是必要和重要的。与以上两点机制上的变动相对应,还有一点观念上的确立至关重要:无论是司法解释还是指导性案

[66] 参见郭叶、孙妹:《指导性案例应用大数据分析——最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2016)》,《中国应用法学》2017年第4期,第60-62页。

[67] 例如,最高人民法院(第二巡回法庭)通过对中外广泛关注的聂树斌案的再审判决,明确了在证据不足情况下如何“疑罪从无”,就完全有资格成为一个“判例”。对此的详细展开,参见胡云腾:《聂树斌案再审:由来、问题与意义》,《中国法学》2017年第4期,第246-263页。

[68] 周道鸾:《中国案例指导制度若干问题研究》,《中国法律》(香港中英文双语月刊)2010年第1期,第32页。

[69] 本文也支持这一立场。在强调指导性案例的强制约束力的同时,要对其产生程序严格限制。其他主张诸如:主张要使地方各级法院成为案例指导制度的“建设者”的,比如周光权:《刑事案例指导制度:难题与前景》,《中外法学》2013年第3期,第496-497页;主张应允许高级人民法院制作指导性案例的,比如林维:《刑事案例指导制度:价值、困境与完善》,《中外法学》2013年第3期,第511-513页。

[70] 与此不同,主张强调检察指导案例效力实现的最新成果,参见万春:《检察指导案例效力研究》,《中国法学》2018年第2期,第75-88页。

例,都不能代替职业法官群体自身的专业判断,法官们在缺乏司法解释和指导案例的场合能动地解释法律,才可能最终保证实质上的司法公正和运作上的良性循环。

## 五 结 论

通过对王志才和李飞案两个指导案例裁判要点的分析以及对相关质疑的辩驳,再结合援引了这两个案例的相关司法实践的检视,可以清晰地看到案例指导制度在我国的适用效果并引发对故意杀人罪相关裁量标准的思考。本文最后强调如下几点结论。

第一,对于死刑适用条件“罪行极其严重”的判断标准。客观说认为只要是犯罪的客观危害、行为本身的危害极其严重、性质极其恶劣就足够了,并不要求对主观方面的责任形式或者是责任程度等的限制,主观恶性与可谴责性是区分死刑立即执行和缓期两年执行的标准,死缓适用于“罪大但不恶极者”。<sup>[71]</sup> 但该说会导致 1997 年刑法的法定死刑圈(包括死缓犯)范围大于 1979 年,在严格控制死刑(包括死缓)的政策背景下这令人难以理解。对于“罪行极其严重”,应该既要求客观危害也要求主观恶性,即主客观相统一地考察。<sup>[72]</sup> 具体来说,客观危害由结果的严重程度与行为手段的严重程度组成,而主观上则大致可以用主观恶性和人身危险性来评价。就故意杀人罪的死刑裁量来说,结果的严重程度通过被害人的数量体现出来,行为手段的严重程度通过手段是否残忍及残忍的程度加以衡量。而杀人的动机等影响主观恶性的判断,是初犯、偶犯还是累犯惯犯,是否有自首、坦白等情节,是否进行了赔偿等则对于行为人的危险性判断产生影响。这样,(1)被害人的数量,(2)行为手段的残忍性,(3)犯罪动机,(4)有无自首或坦白情节,(5)初犯、偶犯还是惯犯,(6)是否进行了赔偿,这些主要因素之和决定了是否属于“罪行极其严重”及其程度,决定了对杀人者是否判处死刑,以及死刑的具体执行方式(立即执行、死缓限制减刑还是普通死缓)。尤其需要强调的是,上述因素对于死刑裁量的影响权重并非平均,而正是根据前述顺序依次递进地发挥作用,对此,不可本末颠倒,过度强调后位的因素(比如赔偿等)对于死刑裁量的影响权重。

第二,虽然学界存在一定质疑,但最高人民法院公布的王志才案和李飞案这两个指导案例在故意杀人罪死刑裁量中,至少在指导“纠偏”方面的作用不容抹杀,且也得到了司法实务上的部分验证。更进一步说,两个指导案例的指导价值不仅在于提供了死缓限制减刑的裁量标准,更重要的是,其明确提供了不予核准死刑的案件类型。这一点,对于统一下级法院的死刑立即执行适用标准、严格死刑裁量,具有积极意义。

第三,两个关于故意杀人的指导案例中有许多值得挖掘的信息。本文考察了被害人

[71] 参见储槐植:《遵从立法多判死缓:罪大但不恶极》,载赵秉志主编:《刑法评论》2012 年第 1 卷,法律出版社 2012 年版,第 237 页;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 102 - 103 页。

[72] 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社 2002 年版,第 430 页;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,等等。

亲属不予谅解、杀人手段的残忍性以及被告人亲属协助公安机关抓捕三个因素。(1)在故意杀人罪的死刑裁量中,被害人亲属谅解可以成为酌定从宽处罚情节,但被害人亲属不谅解则不应成为酌定从重处罚情节。应该通过被告人(亲属)向国家救助被害人的专门基金缴纳救助款的方式,解开加害方与被害方之间在赔偿与谅解问题上的死结。(2)对于故意杀人的手段是否残忍,应该着眼于行为本身,围绕行为导致被害人死亡的具体危险程度、行为人故意造成他人惨死的状态、行为本身为社会公众的憎恶程度三个维度加以判断。(3)应该放宽自首条件中“自动投案”的认定要求,在被告人亲属主动通知公安机关、并协助抓捕同时被告人也没有抗拒抓捕的场合,就应该认定为“自动投案”。

第四,限制死刑,尤其是死刑立即执行的适用,需要实体和程序上合力进行。就实体而言,研究死刑立即执行与死缓限制减刑、普通死缓之间的界限和各自的适用条件是关键。而就程序而言,要强化案例指导制度、提升指导性案例的地位,探索从事实上的拘束力向法律上的拘束力的进化渠道。除此之外,比如建立独立的量刑程序以及量刑辩护,提倡检察机关充分发挥法律监督的法定职能,对于不该判处死刑立即执行的案件进行抗诉等,对于减少死刑立即执行的数量而言非常重要。

---

[ **Abstract** ] The two guiding cases on intentional homicide issued by the Supreme People's Court have important guiding significance for the death penalty discretion in cases of intentional homicide. The doubts raised by some scholars about the two guiding cases are worthy of discussion. The significance of these two guiding cases in the “rectification of deviation” can not be denied and has been gradually verified by practice. With regard to the crime of intentional homicide, the not-forgiveness of the relatives of the victim, the criteria for judging the cruelty of the criminal means, the assistance by the defendant's relatives in the capture of the defendant and the non-resistance by defendant in his arrest are some of the keywords in the two guiding cases that need careful study. The case guidance system has the function of absorbing dissatisfactions. It will be able to play its role in a satisfactory way only when it is upgraded from a system with *de facto* binding force to a system with legal binding force. At the present, the system also needs to be further improved in terms of technique, mechanism and procedures.

---

(责任编辑:贾元)