

# 故意杀人罪死刑 裁量机制的实证研究

王 越\*

---

内容提要：实证分析发现，将刑法第48条的有关规定理解为“责任刑情节决定是否判处死刑，预防刑情节决定是否判处死刑立即执行”的学术观点与司法实务的死刑裁量实践不符，基于此提出的死刑司法控制方案的理论基础和实际功用值得怀疑。现阶段故意杀人罪的死刑裁量更可能是一种减法机制：对于有死亡结果的案件，原则上判处死刑，但有足够从宽情节的，不判处死刑；对于被判处死刑的案件，原则上判处死刑立即执行，但有足够从宽情节的，判处死刑缓期执行。为实现死刑的司法控制，须将死亡结果作为判处死刑的必要非充分条件，变减法机制为加法机制，建立严格的死刑从严情节体系和指导性的死刑从宽情节体系；对于有死亡结果的案件，原则上判处死缓，仅对其中有死刑从严情节的考虑判处死刑立即执行，对于无死刑从严情节但有死刑从宽情节的案件，不判处死刑；对于同时存在多种量刑情节的案件，根据案件的具体情况，在实证分析和刑罚理论的指导下决定刑罚。

关键词：故意杀人罪 死刑 实证研究

---

现阶段刑法学界关于死刑问题的争论主要集中在死刑的司法控制。司法控制的本质是规范与改进刑法适用，须根植并服务于司法实务，但学界提出的死刑司法控制的理论方案多通过对“罪行极其严重”、“必须立即执行”等条文规定的规范解读展开论证，其理论基础能否与实务契合并未得到有效检验。若在未获知当下死刑裁量实践的前提下就将这些方案付诸实施，其实践效果值得怀疑。为从实践层面反思现有研究，本文以故意杀人罪的死刑裁量为例，以实证研究为手段，复盘当下故意杀人罪的死刑量刑实态，批评与重构故意杀人罪的死刑司法控制方案。

## 一、故意杀人罪死刑司法控制的实证分析进路

### （一）对分割式方案的质疑

刑法第48条第1款规定“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死

---

\* 北京大学法学院博士研究生。

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。”由此,死刑裁量可以分为两个步骤:一是决定是否判处死刑,二是决定是否判处死刑立即执行。根据对上述条文的文义解释,“罪行极其严重”被视为死刑适用的实质标准,“必须立即执行”则是决定死刑立即执行的论证核心。<sup>(1)</sup>“罪行极其严重”脱胎于1979年刑法第43条第1款中的“罪大恶极”。从“罪大恶极”到“罪行极其严重”,我们似乎能感知到一种从责任刑情节与预防刑情节综合判断到单纯责任刑情节判断的转变,而“必须立即执行”似乎容纳了对“罪行”之外其他量刑情节的评价。

基于上述条文措辞的变化,部分学者提出“罪行极其严重”与“必须立即执行”分别表征死刑量刑的不同侧面,且在判断资料上存在本质区别这一分割式理解。例如,储槐植认为,“罪行极其严重”应从犯罪行为及其结果进行判断,“必须立即执行”则须从行为人的主观恶性和人身危险性进行判断;<sup>(2)</sup>劳东燕认为,前者应从行为的主客观侧面(犯罪行为和行为人的主观恶性)进行判断,后者应从行为人的主观恶性和人身危险性进行判断;<sup>(3)</sup>黎宏认为,前者应从犯罪行为的客观危害后果进行判断,后者应从行为人的主观恶性和人身危险性进行判断。<sup>(4)</sup>根据上述理解,罪行是否极其严重的判断接近于责任刑是否极其严重的判断,偏重行为要素,是一种类型化判断;是否必须立即执行的判断则接近于预防必要性是否较大的判断,偏重行为人要素,是一种个别化判断。<sup>(5)</sup>依循此标准,死刑的裁量机制应是:先确定责任刑,决定行为人是否达到死刑适用标准;再评估预防刑,考察行为人是否具有足够的再犯可能性,以致必须立即执行死刑。死刑的司法控制可通过分别提高“罪行极其严重”与“必须立即执行”的判断的规范性和严格性来实现。

这种分割式方案顺应了从“罪大恶极”到“罪行极其严重”的立法条文措辞转变,杜绝了仅因行为人的预防必要性大就判处死刑的做法,使得模糊的死刑适用界限更加客观,量刑更加规范。但这也引起了笔者的如下疑问:一是将是否判处死刑的决定完全交由责任刑情节进行判断,是否会使部分预防必要性较低本应判处无期徒刑甚至有期徒刑的行为人至少被判处死缓,从而不当提升该部分行为人的刑罚?二是将是否判处死刑立即执行的决定完全交由预防刑情节进行判断是否可行,司法实务中预防刑的裁量能否有效限制死刑立即执行的适用?三是分割式方案立足于对量刑情节作责任刑情节与预防刑情节的性质划分,从而决定行为人被判处死刑还是无期徒刑、有期徒刑,但是,若存在性质有争议的量刑情节,该如何处理?另外,分割式方案主要立足于对刑法条文的理论阐释,较少考虑司法实务的一贯做法,其对相关条文的理解是否契合实务经验尚未得到有效检验。若这种理解与司法实务相契合,则依据该方案通过分别提高“罪行极其严重”与“必须立即执行”的判

(1) 参见储槐植《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1015页;赵秉志《关于中国现阶段慎用死刑的思考》,《中国法学》2011年第6期,第6页;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170页;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14页。

(2) 参见上引储槐植文。

(3) 参见前引(1),劳东燕文。

(4) 参见黎宏《死刑缓期执行制度新解》,《法商研究》2009年第4期。

(5) 虽然劳东燕认为主观恶性是“罪行极其严重”的判断资料,但其所说的“主观恶性”等同于行为的主观侧面,是类型化了的由行为体现出来的主观要素,故应将其归入行为要素。

断的规范性和严格性,可以实现对死刑的司法控制。但是,若这种理解与司法实务有较大距离,在实务中推行该方案能否收到良好效果就是未知数了。

## (二) 假设的建立

为验证对分割式方案的上述质疑,笔者首先对 1948 份故意杀人罪裁判文书进行描述性统计分析,结果发现:一方面,在所有判决中,提及罪行严重(包括“极其严重”“十分严重”“严重”“恶劣”等表述)的仅占 4.3%,提及“罪行”的也仅占 13.2%。另一方面,在预防刑情节中,仅有自首、认罪、坦白、悔罪占比较高,分别达到 33.8%、18.1%、15.1%、11.2%;立功、重大立功、自首和重大立功等则占比极低,这些情节能否有效控制死刑立即执行的适用有待检验。此外还有 46.4% 的样本中存在被害人谅解、民间矛盾或赔偿等情节,三者的性质在理论上有较大争议,其在分割式方案中如何定位存在疑问。以上只是基于描述性统计分析的初步推测,“罪行”较少被提及不必然意味着责任刑情节无法决定是否判处死刑,预防刑情节类型较少以及占比较低不必然意味着预防刑情节无法决定是否判处死刑立即执行,被害人谅解等情节占比虽高也可能对量刑影响有限。为确证上述结论,还需引入 Logistic 回归分析对量刑过程进行更深层次的实证研究,通过建立死刑裁量的回归模型,识别对是否判处死刑、是否判处死刑立即执行的决定有意义的量刑情节。<sup>(6)</sup> 在进行回归分析之前,可根据分割式方案的基本论点建立如下假设:

假设一:决定是否判处死刑的是责任刑情节

假设二:决定是否判处死刑立即执行的是预防刑情节

接下来我们以故意杀人罪裁判文书为样本,以“是否判处死刑”和“是否判处死刑立即执行”为因变量,以从裁判文书中提取的量刑情节为自变量,进行 Logistic 回归分析。若回归结果显示,对是否判处死刑有显著影响的只有或主要是责任刑情节,则假设一成立;若回归结果显示,对是否判处死刑立即执行有显著影响的只有或主要是预防刑情节,则假设二成立。在两项假设成立的情况下,分割式方案的理论基础可与司法实务相契合。若两项假设不成立,则分割式方案与司法实务有一定距离,应在实证研究的基础上,重新思考故意杀人罪死刑适用的裁量机制和司法控制方案。

## (三) 样本筛选

本实证研究的样本来自北大法意案例数据库中的 9103 份故意杀人罪裁判文书。<sup>(7)</sup> 为确保实证分析可行性的同时维持样本的代表性,笔者采取分层随机抽样方法,根据法院所在地区对上述样本进行限缩。首先,参照《中共中央、国务院关于促进中部地区崛起的若干意见》等文件的规定,并结合样本特征,将样本划分为东部地区样本、中部地区样本和西部地区样本,各地区样本分别占 42.8%、36.5% 和 20.7%。其后,根据上述比例,运用 SPSS 软件的随机个案样本选择功能,在东部地区样本中随机选取 856 份、中部地区样本中随机选取 730 份、西部地区样本中随机选取 414 份,将样本总量按比例限缩至 2000 份进行实证分析。<sup>(8)</sup> 但其

(6) 对 Logistic 回归分析方法的解释,可参见邓正林《统计学》,北京大学出版社 2015 年版,第 254 页。

(7) 该数据库包含了中国裁判文书网和各级法院官网截至 2015 年 11 月 1 日公布的全部故意杀人罪裁判文书。

(8) 需要注意的是,如果严格依据相关文件的规定,应采取东部地区、东北地区、中部地区和西部地区的四分法。但笔者在多次 Logistic 回归分析之后发现,东北地区的样本无法承担对大量自变量的回归分析工作,因此改采三分法进行样本抽取,辽宁并入东部地区,黑龙江、吉林并入中部地区。

中犯罪行为时间在1997年以前,并适用1979年刑法的2个案件应予排除;另外,刑法第49条第1款明确规定,犯罪时不满18周岁的人和审判时怀孕的妇女不适用死刑,因此进行实证分析时二者不参与回归,包含这两个情节的50个样本也应予剔除。<sup>(9)</sup>在剩余的1948个样本中,判处死刑的案件有520个,其中215个判处死刑立即执行,305个判处死刑缓期执行;判处无期徒刑的案件有508个,判处有期徒刑的案件有916个,还有1个案件判处拘役、3个案件免于刑事处罚。

#### (四) 变量设置

在本实证研究中,因变量分别设置为“是否判处死刑”和“是否判处死刑立即执行”。自变量则包括从1948份裁判文书中提取的共计27种量刑情节。需要明确的是,本研究所称量刑情节是指,在行为已经构成故意杀人罪的前提下,法院裁量刑罚时应当考虑的,据以决定量刑轻重或者免除处罚的各种情况。<sup>(10)</sup>以多种情节为基础对行为或行为人进行的二次评价,不属于本研究所称的量刑情节。<sup>(11)</sup>

各自变量的值取决于裁判文书中法官的书面认定。法官的认定方式有两种,一是通过记录被告人个人信息、经审理查明或肯定一审法院、检察机关、公安机关查明的事实,来陈述某一情节的存在。如在“当事人信息”部分列明被告人曾有犯罪经历,在“经审理查明”部分描述被告人曾赔偿被害人的客观事实等。二是在“本院认为”部分明确将某一情节作为决定宣告刑的理由。在部分情况下,即便第三人通过阅读裁判文书,根据刑法理论和一般常识,可能推定被告人具有某一量刑情节(如根据具体的杀人方法推定被告人故意杀人手段残忍),但法官未书面认定的,也不予提取。

根据以上方法,从裁判文书中识别的自变量如下:未遂(20.1%)、<sup>(12)</sup>预备(0.9%)、中止(2.0%)、自首(33.8%)、坦白(15.1%)、主犯(9.7%)、从犯(5.5%)、累犯(5.2%)、限制行为能力(8.1%)、立功(0.9%)、重大立功(0.7%)、自首和重大立功(0.2%)、防卫过当(0.1%)、悔罪(11.2%)、认罪(18.1%)、初偶犯(5.3%)、手段残忍(14.2%)、社会影响恶劣(1.0%)、预谋(4.4%)、动机恶劣(1.0%)、被害人过错(11.7%)、赔偿(28.5%)、被害人谅解(22.4%)、民间矛盾(18.2%)、前科(8.6%)、死亡结果(76.0%)、重伤结果(9.2%)。

为确保模型稳定,避免出现多重共线性问题,本研究对部分自变量有所调整:(1)犯

(9) 经筛选后,各省、市、自治区样本数及占比如下:安徽81件,占4.2%;北京20件,占1%;福建29件,占1.5%;甘肃49件,占2.5%;广东211件,占10.8%;广西41件,占2.1%;贵州27件,占1.4%;海南64件,占3.3%;河北34件,占1.7%;河南310件,占15.9%;黑龙江21件,占1.1%;湖北23件,占1.2%;湖南159件,占8.2%;吉林44件,占2.3%;江苏71件,占3.6%;江西25件,占1.3%;辽宁62件,占3.2%;内蒙古7件,占0.4%;宁夏8件,占0.4%;青海2件,占0.1%;山东89件,占4.6%;山西46件,占2.4%;陕西84件,占4.3%;上海51件,占2.6%;四川57件,占2.9%;天津6件,占0.3%;西藏1件,占0.1%;新疆14件,占0.7%;云南60件,占3.1%;浙江206件,占10.6%;重庆46件,占2.4%。

(10) 参见张明楷《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第273页。

(11) 以多种情节为基础进行的二次评价主要包括对情节、社会危害性、人身危险性、再犯可能性、主观恶性等的综合性评价。在实证分析过程中,笔者发现,这些评价虽在裁判文书中大量出现,但与行为或行为人仅有间接关系,且在理论上可还原为具体的死伤结果、行为手段、动机、被害人过错等与行为和行为人直接相关的量刑情节。为避免与其他自变量发生概念重叠、外延重合,本文不以其作为自变量进行回归分析。

(12) 括号内数字为具有该情节的案件在总样本中所占比例。

罪的未完成形态与死亡结果、重伤结果。犯罪的未完成形态和死亡、重伤结果都包含对行为结果的评价，其概念之间存在交叠，且统计分析表明未遂和死亡结果之间存在严重的多重共线性，因此须将其中一类予以删除。考虑到中止、预备的样本数极少，对死刑裁量影响轻微，死亡、重伤结果两个自变量容纳的信息量也要大于未遂，本研究舍未遂、预备、中止，取死亡结果、重伤结果进行回归。(2) 坦白与自首。根据刑法第 67 条的规定，有自首情节的行为人也必然具备坦白情节，二者存在一定程度的交叠。为避免出现多重共线性问题并方便理论分析，本研究所采之坦白概念排除了自首中的坦白，仅限于不成立自首的坦白。(3) 赔偿。本研究所采之赔偿概念限于行为人及其家属或第三方机构（如保险公司、所在单位）等对被害人或其近亲属的主动赔偿，不包括刑事附带民事赔偿。(4) 预谋。在阅读裁判文书的过程中发现，行为人无预谋可能从宽处罚，有预谋则可能从严处罚，因此本研究将预谋设置为有序多分类变量，并在 Logistic 回归分析时对其进行哑变量处理。(5) 前科和累犯。前科是指行为人曾依法受过刑事处罚，而累犯是一种特殊的前科，二者在概念上存在交叠。为避免出现多重共线性问题，并考虑到累犯在刑法中的重要地位，本研究优先取累犯进行回归，在累犯的影响不显著时，再将其替换为前科进行回归。

## 二、对分割式方案的检验

### （一）是否判处死刑的实证分析

我们首先以“是否判处死刑”为因变量，以上述量刑情节为自变量，以 Logistic 回归分析为方法进行检验。在初步回归分析之后发现，累犯、坦白等情节的 P 值大于 0.05，对因变量无显著影响；将其排除后重新进行 Logistic 回归分析，结果如表 1。<sup>(13)</sup>

表 1 是否判处死刑的 Logistic 回归分析结果

量刑情节	P 值	Exp( B)	偏回归系数	标准化回归系数
死亡结果	0.000	1223.947	7.110	3.036
限制行为能力	0.000	0.016	-4.149	-1.130
被害人谅解	0.000	0.099	-2.312	-0.964
从犯	0.000	0.050	-2.994	-0.682
手段残忍	0.000	6.218	1.827	0.637
被害人过错	0.000	0.193	-1.643	-0.528
自首	0.000	0.331	-1.106	-0.523
重伤结果	0.002	3.657	1.297	0.376
动机恶劣	0.011	30.586	3.421	0.347
主犯	0.000	0.438	-0.827	-0.244
赔偿	0.036	0.692	-0.368	-0.166
常数			-6.789	-2.772

(13) 本次 Logistic 回归分析的 Hosmer 和 Lemeshow 检验， $P = 0.921$ ，大于 0.05，回归方程有效，拟合优度较好。Hosmer 和 Lemeshow 检验结果可用以说明回归方程的有效性，评估方程的拟合优度。当 P 值大于 0.05 时，说明模型拟合较好，反之则较差。

表1显示了 Logistic 回归模型中各自变量的 P 值、Exp ( B ) 值、偏回归系数和标准化回归系数。<sup>(14)</sup> 由该表可知, 模型中各自变量的 P 值均小于 0.05, 对是否判处死刑皆有显著影响。其中死亡结果、手段残忍、重伤结果、动机恶劣的偏回归系数为正、Exp ( B ) 值大于 1, 这些情节会增加判处死刑的机会; 而限制行为能力、被害人谅解、从犯、被害人过错、自首、主犯、赔偿的偏回归系数为负、Exp ( B ) 值小于 1, 这些情节会减少判处死刑的机会。根据标准化回归系数可知, 对是否判处死刑作用最大的自变量是死亡结果, 其标准化回归系数为 3.036, 显著高于其他自变量。有死亡结果会极大增加判处死刑的机会, 反之会极大减少判处死刑的机会。位于第二梯队的是限制行为能力和被害人谅解, 其中限制行为能力对是否判处死刑的影响仅次于死亡结果, 被害人谅解则紧随其后。对于非限制行为能力人实施的故意杀人案件, 被害人谅解无疑是最有力的从宽情节。<sup>(15)</sup> 位于第三梯队的是从犯、手段残忍、被害人过错和自首, 其中手段残忍是仅次于死亡结果的从严情节, 自首则是回归模型中唯一表征行为人预防必要性的情节。位于第四梯队的是重伤结果、动机恶劣、主犯和赔偿, 与其他量刑情节相比, 上述情节对是否判处死刑虽有显著影响, 但作用力度相对较低。

表2 是否判处死刑的 Logistic 回归模型的预测正确率

	预测结果为 不判处死刑	预测结果为 判处死刑	正确率 (%)
未判处死刑样本	1274	154	89.2
判处死刑样本	163	357	68.7
整体百分比			83.7

表2显示的是 Logistic 回归模型的预测正确率。由该表可知, 前述由死亡结果、限制行为能力等量刑情节建立的回归模型对样本中未判处死刑的 1428 个样本, 正确识别了 1274 个, 错误识别了 154 个, 预测正确率为 89.2%; 对判处死刑的 520 个样本, 正确识别了 357 个, 错误识别了 163 个, 预测正确率为 68.7%; 总正确率为 83.7%, 属于较好水平。由于预测正确率较高, 模型拟合较好, 我们可根据各情节偏回归系数建立是否判处死刑的预测模型如下:

$$P = 1 / ( 1 + e^{-1 \times (7.11X_1 - 4.149X_2 - 2.312X_3 - 2.994X_4 + 1.827X_5 - 1.643X_6 - 1.106X_7 + 1.297X_8 + 3.421X_9 - 0.827X_{10} - 0.368X_{11} - 6.789)} )$$

其中 P 代表是否判处死刑的概率; e 是自然常数, 约等于 2.71828; X<sub>1</sub> 至 X<sub>11</sub> 分别代表死亡结果、限制行为能力、被害人谅解、从犯、手段残忍、被害人过错、自首、重伤结果、

(14) P 值可用以说明自变量对因变量是否有显著影响, 当 P 值小于 0.05 时, 说明自变量对因变量有显著影响, 反之则无。Exp ( B ) 值可用以说明自变量每上升一个单位, 因变量出现的机会将是原来的多少倍, 当 Exp ( B ) 值大于 1 时, 自变量会提升因变量出现的概率; 当 Exp ( B ) 值小于 1 时, 会降低因变量出现的概率。偏回归系数可用以说明自变量对因变量的作用方向并建立预测模型, 当偏回归系数为正时, 说明自变量会提升因变量出现的概率; 当偏回归系数为负时, 说明自变量会降低因变量出现的概率。标准化回归系数可用以说明各自变量的作用大小, 其绝对值越高则该自变量的作用越大。

(15) 根据 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》、2017 年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》等司法解释的规定, 为方便论述, 本文将从轻、减轻情节统称为“从宽情节”, 与之相对的从重、加重情节则称为“从严情节”。

动机恶劣、主犯和赔偿等自变量。在对是否判处死刑进行预测时，可将案件事实代入该方程计算，若存在某一情节则代入 1，不存在则代入 0。所得结果越接近 1，判处死刑的概率就越高；越接近 0，不判处死刑的概率就越高。

## （二）是否判处死刑立即执行的实证分析

在对是否判处死刑立即执行进行回归分析之前，我们首先需要将样本限制在判处死刑的 520 个案件。在这些案件中，各自变量及其占比如下：自首（20.9%）、坦白（14.0%）、主犯（10.2%）、从犯（1.3%）、累犯（5.7%）、限制行为能力（0.6%）、立功（1.0%）、重大立功（1.7%）、自首和重大立功（0.2%）、防卫过当（0.2%）、悔罪（9.8%）、认罪（17.8%）、初偶犯（3.8%）、手段残忍（36.0%）、社会影响恶劣（1.5%）、预谋（5.7%）、动机恶劣（1.1%）、被害人过错（4.8%）、赔偿（15.7%）、被害人谅解（4.0%）、民间矛盾（20.9%）、前科（11.7%）、死亡结果（96.7%）、重伤结果（5.0%）。

在本部分，需将因变量设置为“是否判处死刑立即执行”，将自变量中显著性较低的防卫过当、立功等予以排除，再进行 Logistic 回归分析。<sup>(16)</sup> 在初步分析后发现：（1）死亡结果、主犯等对因变量无显著影响。（2）死亡结果的作用虽不显著，但以死亡人数替代死亡结果后，死亡人数表现出显著性。（3）累犯的作用虽不显著，但以前科替代累犯后，前科表现出显著性。将无意义自变量剔除，以前科、坦白、手段残忍、被害人过错、民间矛盾、赔偿、重伤结果、自首、死亡人数为自变量，重新进行 Logistic 回归分析，结果如表 3。<sup>(17)</sup>

表 3 是否判处死刑立即执行的 Logistic 回归分析结果

量刑情节	P 值	Exp ( B )	偏回归系数	标准化回归系数
死亡人数	0.000	4.36	1.473	4.386
民间矛盾	0.000	0.118	-2.138	-0.865
赔偿	0.003	0.165	-1.799	-0.656
自首	0.000	0.206	-1.578	-0.641
坦白	0.000	0.211	-1.558	-0.542
被害人过错	0.010	0.13	-2.038	-0.436
前科	0.001	3.147	1.146	0.367
手段残忍	0.002	2.102	0.743	0.357
重伤结果	0.019	3.39	1.221	0.271
常数			-1.425	0.013

表 3 显示了 Logistic 回归模型中各自变量的 P 值、Exp ( B ) 值、偏回归系数和标准化回归系数。由该表可知，模型中各自变量的 P 值均小于 0.05，对是否判处死刑立即执行皆有显著影响。其中死亡人数、前科、手段残忍、重伤结果的偏回归系数为正、Exp ( B ) 值大

(16) Logistic 回归模型对样本量有严格要求，为保证回归的科学性，因变量中数量较少的一类样本数至少应达到自变量数量的 10 倍。在本次分析中，数量较少的一类是死刑立即执行案件，其样本数为 215 个，这就是说本次的分析样本最大只能支持 21 个自变量的直接回归。因此，在进行 Logistic 回归之前须首先对自变量进行单因素检验，剔除在单因素检验中不显著的部分自变量，将参与回归的自变量限制在 20 个以内。

(17) 本次 Logistic 回归分析的 Hosmer 和 Lemeshow 检验， $P=0.163$ ，大于 0.05，回归方程有效，拟合优度较好。

于1, 这些情节会增加判处死刑立即执行的机会; 而民间矛盾、赔偿、坦白、自首、被害人过错的偏回归系数为负、Exp(B) 值小于1, 这些情节会减少判处死刑立即执行的机会。根据标准化回归系数可知, 死亡人数在是否判处死刑立即执行的决定中具有最为有力的影响, 远超其他自变量。死亡人数每增加一个, 判处死刑立即执行的概率就增加为原来的4.36倍。位于第二梯队的是民间矛盾, 由于曾被司法解释特定化为影响是否判处死刑立即执行的情节,<sup>(18)</sup> 其在模型中作用十分显著。位于第三梯队的是赔偿、自首、坦白和被害人过错, 其中赔偿和自首对是否判处死刑、是否判处死刑立即执行都有显著影响, 而坦白仅对是否判处死刑立即执行有显著影响。位于第四梯队的是前科、手段残忍和重伤结果, 三者对是否判处死刑立即执行虽有显著影响但作用力相对较低, 其中前科是是否判处死刑和是否判处死刑立即执行的回归模型中唯一表征预防必要性的情节。

表4 是否判处死刑立即执行的 Logistic 回归模型的预测正确率

	预测结果为 死刑缓期执行	预测结果为 死刑立即执行	正确率 (%)
判处死刑缓期执行样本	227	78	74.4
判处死刑立即执行样本	39	176	81.9
整体百分比			77.5

表4显示的是 Logistic 回归模型的预测正确率。由该表可知, 前述由死亡人数、被害人过错等量刑情节建立的回归模型对305个判处死刑缓期执行样本, 正确识别227个, 错误识别78个, 预测正确率为74.4%; 对215个判处死刑立即执行样本, 正确识别176个, 错误识别39个, 预测正确率为81.9%; 总正确率为77.5%。由于预测正确率较高, 模型拟合较好, 我们可根据各自变量的偏回归系数, 建立是否判处死刑立即执行的预测模型如下:

$$P = 1 / (1 + e^{-1 \times (1.473X1 - 2.138X2 - 1.799X3 - 1.578X4 - 1.558X5 - 2.038X6 + 1.146X7 + 0.743X8 + 1.221X9 - 1.425)})$$

其中P代表是否判处死刑立即执行的概率; X1至X9分别代表死亡人数、民间矛盾、赔偿、自首、坦白、被害人过错、前科、手段残忍和重伤结果等自变量。在对是否判处死刑立即执行进行预测时, 可将案件事实代入该方程计算, 其中死亡人数是连续变量, 需代入相应人数; 其他自变量为二分类变量, 若存在该变量则代入1, 不存在则代入0。所得结果越接近1, 判处死刑立即执行的概率就越高; 越接近0, 判处死刑缓期执行的概率就越高。

### (三) 分割式方案证伪

通过对是否判处死刑和是否判处死刑立即执行的实证分析, 可以证伪基于分割式方案提出的两项假设。首先, 司法实务中决定是否判处死刑的不完全是责任刑情节。根据 Logistic 回归分析, 在影响是否判处死刑的情节中, 死亡结果、限制行为能力、从犯、手段残忍、被害人过错、重伤结果、动机恶劣、主犯属于责任刑情节; 自首属于预防刑情节; 被害人

(18) 司法解释关于“民间矛盾”的规定最早见于1999年最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》。其中规定“对故意杀人犯罪是否判处死刑, 不仅要看是否造成了被害人死亡结果, 还要综合考虑案件的全部情况。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。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任, 或者被告人有法定从轻处罚情节的, 一般不应判处死刑立即执行。”

谅解和赔偿的性质则存在较大争议,既有学者认为是责任刑情节,也有学者认为是预防刑情节,还有学者从功利主义和恢复性司法等角度论证其影响量刑的正当化根据。<sup>(19)</sup>虽然责任刑情节的作用总和明显大于其他情节,但还是有大量行为人因自首、被害人谅解或赔偿等情节被判处无期甚至有期徒刑。在这种情况下,我们无法断言实务中故意杀人案件是否判处死刑是由责任刑情节决定的,假设一证伪。其次,司法实务中决定是否判处死刑立即执行的不完全是预防刑情节。根据 Logistic 回归分析,在影响是否判处死刑立即执行的情节中,死亡人数、被害人过错、手段残忍、重伤结果是责任刑情节;自首、坦白、前科是预防刑情节;民间矛盾和赔偿的性质则存在较大争议。预防刑情节的作用虽有所上升,但责任刑情节尤其是死亡人数依然具有极为显著的影响,假设二证伪。

在假设一、二皆证伪的情况下,若强行依据分割式方案的构思,将是否判处死刑的决定过程提纯为责任刑情节判断,将是否判处死刑立即执行的决定过程提纯为预防刑情节判断,则可能造成不良后果。第一,在决定是否判处死刑时拒绝被害人谅解、自首、赔偿等情节的影响,这样不仅不能降低死刑适用率,反而可能使大量本可因被害人谅解等情节被判处无期甚至有期徒刑的被告人被判处死刑,从而提高死刑适用率。第二,将限制适用死刑立即执行的希望寄托于预防刑情节,但预防刑情节在实务中仅有自首、坦白和前科等有显著影响,且坦白和前科的影响力相对较低,在此基础上无论是提升三者的作用力,还是扩展预防刑情节的范围,其实践效果恐怕难达理想状况。第三,理论性质存疑的被害人谅解、民间矛盾和赔偿等情节被证明对是否判处死刑影响显著,但在分割式方案中,对其性质作不同理解将直接影响相当数量被告人的死刑适用(包括是否判处死刑以及是否判处死刑立即执行),这会给死刑适用带来过多不确定因素。

### 三、故意杀人罪死刑裁量的现有机制

#### (一) 故意杀人罪死刑裁量的减法机制

通过对前述实证分析结果的进一步思考,可总结现有故意杀人罪死刑裁量机制的要点如下。

##### 1. 以死亡结果作为判处死刑和判处死刑立即执行的必要非充分条件

Logistic 回归分析表明,死亡结果对是否判处死刑和是否判处死刑立即执行均起着有限度的决定性作用,是判处死刑和判处死刑立即执行的必要非充分条件。

首先,死亡结果对判处死刑和判处死刑立即执行有决定性作用,远超其他量刑情节,排在所有自变量的第一位。该检验结果符合刑法的规定和立法精神,也与我国乃至大陆法系刑罚理论通说基本相合,即决定刑罚的首先是责任其次是预防,<sup>(20)</sup>还与实证研究的既有发现遥相呼应。白建军发现,“作为实害情节主要成分的定罪事实情节”在量刑过程中具有

(19) 囿于篇幅所限,本文不对被害人谅解、赔偿以及民间矛盾等情节的性质进行专门分析,仅就其性质存在争议的特征加以论述,具体可见本文第三部分第一节分析。

(20) 参见张明楷《影响责任刑的情节》,《清华法学》2015年第2期,第6页;网上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点」早稲田法学68卷3号86頁以下。

最显著的影响力，而死亡结果显然属于“作为实害情节主要成分的定罪事实情节”。<sup>〔21〕</sup>

其次，除个别异常值外，死亡结果是判处死刑和判处死刑立即执行的必要非充分条件。对上述检验结果辅以交互分析可以发现，由于死亡结果的强力影响，在全部判处死刑的案件中，仅有一例无死亡结果，占0.2%；在全部有死亡结果的案件中，有35%判处死刑，31.9%判处无期徒刑，33.1%判处有期徒刑；在全部判处死刑立即执行的案件中，没有一例无死亡结果；在全部有死亡结果并判处死刑的案件中，有41.3%判处死刑立即执行，58.7%判处死刑缓期执行。卡方检验表明，上述差异均具有统计学意义的显著性。

最后，死亡人数越多，判处死刑立即执行的概率越高。根据预测模型，当死亡人数在3人以上时，判处死刑立即执行的概率约为95.2%。在本实证研究的样本中，故意杀人导致3人以上死亡的行为人，皆被判处死刑立即执行，印证了预测模型的计算结果。

## 2. 重视运用从宽情节，较少运用从严情节

无论在是否判处死刑的回归模型中，还是在是否判处死刑立即执行的回归模型中，在死亡结果一定的情况下，从宽情节的数量和作用都明显超过从严情节。首先，在决定是否判处死刑时，从宽情节主要包括限制行为能力、被害人谅解、从犯、被害人过错、自首、主犯和赔偿，从严情节主要包括手段残忍、重伤结果和动机恶劣，后者的作用大小与前者有明显差距。其次，在决定是否判处死刑立即执行时，从宽情节主要包括被害人过错、自首、民间矛盾、赔偿、坦白，从严情节主要包括重伤结果、前科和手段残忍，其标准化回归系数同样明显低于从宽情节。

需要注意的是，量刑过程中重视从宽情节并不必然意味着量刑会偏轻，而是可能表明法官在故意杀人罪的量刑中主要考虑的是，对于原则上应判处较重刑罚的案件，是否、如何以及在何种程度上适用从宽情节。

## 3. 决定是否判处死刑时偏重责任刑情节，决定是否判处死刑立即执行时则多综合权衡责任刑情节和预防刑情节

虽然是否判处死刑并非完全由责任刑情节决定，部分非责任刑情节也在回归模型中表现出不容忽视的显著影响，但整体而言，在死亡结果一定的前提下，法官更偏重责任刑情节。根据 Logistic 回归分析，除死亡结果外，影响是否判处死刑的责任刑情节主要包括限制行为能力、从犯、手段残忍等，其标准化回归系数较高，作用十分显著；其作用方向既包括从宽处罚，也包括从严处罚。反之，影响是否判处死刑的预防刑情节仅有自首，其作用方向是从宽处罚，其他如坦白、认罪、悔罪、初偶犯、再犯可能性、累犯等均无显著影响。此外，被害人谅解、赔偿的性质仍有一定争议，但无论将其归为何种量刑情节，责任刑情节对是否判处死刑的影响都是毋庸置疑的。

在决定是否判处死刑立即执行时，预防刑情节的影响变大了。在回归模型中，一方面，死亡多人是最重要的影响因素，被害人过错、手段残忍、重伤结果等责任刑情节的作用则有所下降；另一方面，自首、坦白等预防刑情节的作用上升，前科也表现出了显著性。此外，民间矛盾成为最重要的从宽情节；赔偿的作用相较于其在是否判处死刑回归模型中的作用，也有所上升。预防刑情节虽未占据优势地位，但在死亡人数一定的前提下，预防刑

〔21〕 参见白建军《刑法规律与量刑实践——刑法现象的大样本考察》，北京大学出版社2011年版，第143页。

情节和责任刑情节的作用基本相当，共同影响着是否判处死刑立即执行。

#### 4. 量刑过程以功利为导向

量刑过程涉及对量刑情节两个维度的理解，一是关涉量刑情节的实际作用、作用力度等的功利维度，二是关涉量刑情节的正当化根据、适用目的等的理论维度。在故意杀人罪的死刑裁量中，法官多从功利维度关注量刑情节，而较少从理论维度来理解量刑情节。这一倾向突出地体现在，理论上的众说纷纭并未影响被害人谅解、民间矛盾和赔偿等情节在死刑裁量中的实际运用。

首先，被害人谅解是限制适用死刑的最重要从宽情节。<sup>(22)</sup> 尽管学界对被害人谅解应否影响量刑还存在肯定与否定之争，<sup>(23)</sup> 对其影响量刑的正当化根据也存在违法性说、责任说、可罚性说、刑事政策说、特殊预防说、一般预防说等争论，<sup>(24)</sup> 但被害人谅解在决定是否判处死刑时作用显著，成为仅次于限制行为能力的从宽情节。其次，民间矛盾是限制适用死刑立即执行的最重要从宽情节。民间矛盾的量刑情节性质在学界不存在争议，但其影响量刑的正当化根据为何，尚无有力观点。车浩主张一般预防说，张明楷主张责任说，姜涛则从责任、预防、刑事政策、加被害关系等多重角度予以论证。<sup>(25)</sup> 尽管理论性质不明，民间矛盾对是否判处死刑立即执行的作用却相当可观。最后，赔偿是死刑裁量中的重要从宽情节。对于赔偿应否影响量刑，学界存在一些反对的声音。<sup>(26)</sup> 关于赔偿作为从宽情节的正当化根据，存在责任减少说、可罚性减少说、刑事政策说、特殊预防说、特殊预防和一般预防说、综合说等争论。<sup>(27)</sup> 在实务中，理论性质不明的赔偿情节不仅对是否判处死刑有显著影响，更有力地降低了判处死刑立即执行的概率。

从以上可知，由于司法实务对刑罚理论关注较少，完全从量刑情节的理论属性寻找死刑裁量规律存在一定困难，但当我们把重点放在量刑情节的功利维度时可以发现，故意杀

(22) 是否判处死刑的 Logistic 回归分析显示，作用最大的从宽情节是限制行为能力。但由于限制行为能力情节仅作用于某一人群，无法在普遍意义上实现对死刑的司法控制，因此，在本文的语境下，决定是否判处死刑的最重要从宽情节是被害人谅解。

(23) 肯定说可参见梁根林《死刑案件被刑事和解的十大证伪》，《法学》2010年第4期，第4页。否定说可参见王瑞君《被害人谅解不应成为酌定量刑情节》，《法学》2012年第7期。

(24) 一般预防说可参见前引〔10〕，张明楷书，第309页。违法性说、责任说、可罚性说、刑事政策说、特殊预防说等多见于日本学者的著述，其争论概况可参见横田信之「被害者と量刑」大阪刑事実務研究会編・量刑実務大系2卷（判例タイムズ社、平23年）96頁以下。此外，我国学者还从恢复性司法等角度，对被害人谅解作为量刑情节的正当化根据进行了探索，具体可参见肖中华、张少林《论刑法中被害人行为的效力依据》，《刑法论丛》2010年第1卷，第116页以下。

(25) 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36页以下；前引〔10〕，张明楷书，第283页；姜涛《死缓限制减刑适用中的“民间矛盾”》，《政治与法律》2015年第4期，第18页以下。

(26) 参见张建伟《“赔钱减刑”：怎样理性看待》，《人民法院报》2007年6月19日第5版。

(27) 特殊预防和一般预防说可参见前引〔10〕，张明楷书，第353页以下。综合说可参见赵秉志《论民事赔偿与死刑的限制适用》，《中国法学》2010年第5期，第54页以下；王瑞君《赔偿作为量刑情节的司法适用研究》，《法学论坛》2012年第6期，第138页。责任说可参见大谷实「行為責任と人格責任」中山研一ほか編・現代刑法講座第2卷（成文堂、昭54）212頁。可罚性说可参见岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（2・完）」早稲田法学69卷1号64頁。刑事政策说可参见井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法3卷1号40頁。特殊预防说可参见城下裕二・量刑基準の研究（成文堂、昭7）240頁；阿部純二「量刑論の現状と展望」現代刑事法3卷1号9頁。日本学界的争论概况可参见前引〔24〕，横田信之文，第50页以下。

人罪的死刑裁量存在以下规律：判处死刑以死亡结果的存在为必要；当死亡结果一定时，从宽情节的作用明显大于从严情节，责任刑情节的作用明显大于预防刑情节。那么，为何法官在面对案件时更多考虑从宽情节而非从严情节，故意杀人罪的死刑适用率却还是偏高？为何在以宽严相济为刑事政策、提倡责任与预防并重的司法环境下会呈现出如此的量刑倾向？笔者推测，其根源或许在于故意杀人罪死刑裁量的减法机制，即法官对有死亡结果的案件原则上判处死刑，但有限制行为能力等从宽情节时，可以不判处死刑；对于判处死刑的案件，原则上判处死刑立即执行，但有民间矛盾等从宽情节时，可以判处死刑缓期执行（图 1）。在减法机制下，故意杀人既遂的量刑起点为死刑立即执行，此时无论存在何种从严情节，都无法再增加行为人所受刑罚，从严情节的作用自然不再重要，从宽情节的作用则愈发显著。另一方面，由于预防刑情节（除自首外）的作用普遍偏弱，当量刑起点被置于死刑立即执行时，这些情节也难以决定性地影响量刑决定，而只有那些具象、客观、引人注目的责任刑情节才能更有力地影响死刑裁量。

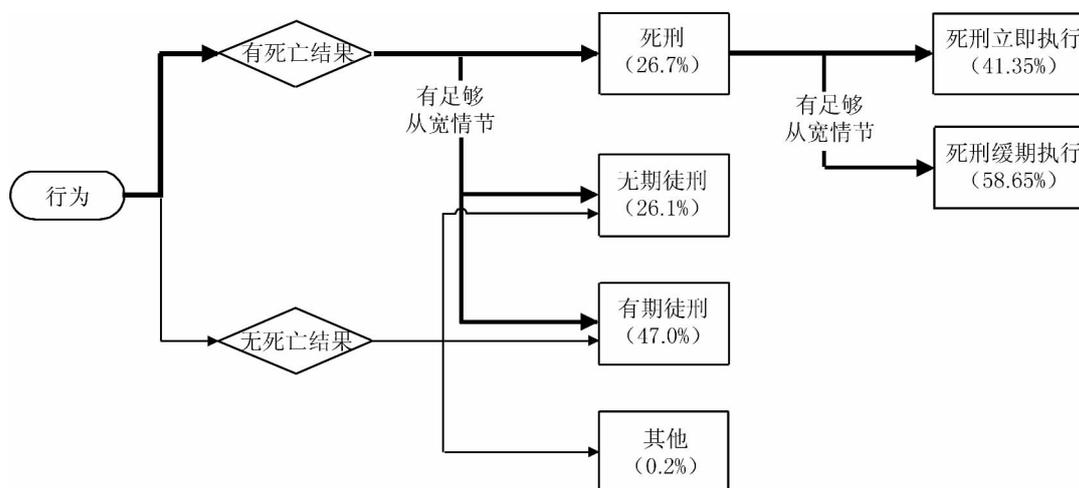


图 1 故意杀人罪死刑裁量的减法机制

减法机制的成因一方面在于刑法本身对死刑一定程度的倚重，另一方面与故意杀人罪的法定刑设置方式有一定关联。刑法第 232 条规定，“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”。法定刑设置由重到轻，不同于其他罪名由轻到重的设置，这似乎给了司法实务“故意杀人既遂原则上判处死刑，且原则上判处死刑立即执行”的预先认知。然而，这一认知混淆了法定刑起点和量刑起点。法定刑起点是指刑法规定的刑罚起点，在故意杀人罪中即是死刑。而量刑起点是指实践中法官根据基本犯罪构成事实，对无任何量刑情节案件的刑罚预期。<sup>〔28〕</sup>司法实务中量刑并非从法定刑起点开始，而是从量刑起点开始；法官在上述刑罚预期的基础上，根据具体案件的量刑情节加减刑罚，确定最终的宣告刑。对于设置了相对确定法定刑的罪名而言，其量刑起点必然低于法定刑上限而高于法定刑下

〔28〕 参见周光权 《法定刑研究——罪刑均衡的建构与实现》，中国方正出版社 2000 年版，第 326 页；前引〔21〕，白建军书，第 184 页。

限,在围绕法定刑中线的一定范围内浮动。<sup>(29)</sup>因此,故意杀人既遂的量刑起点显然不是,也不能是死刑立即执行。

## (二) 死刑裁量减法机制评析

从死刑司法控制的视角审视,减法机制存在以下不足。

### 1. 死亡结果的必要条件地位未被严格确立

虽然死亡结果被普遍认为是判处死刑和判处死刑立即执行的必要非充分条件,但实践中仍存在无死亡结果却判处死刑的案件。例如在“吴志平故意杀人案”<sup>(30)</sup>中,法官就对未造成死亡结果但造成两重伤结果的被告人判处了死刑。表面上看这似乎是某一法官偶然脱离法官集体理性的判断,实际上却可能是刑事立法、司法中潜在的“多个重伤结果叠加可等同于一个死亡结果”<sup>(31)</sup>的观念的体现。在刑法上,生命的完全消失和身体机能的重大损害之间存在难以逾越的质的差别,二者不可等量齐观。在故意杀人罪的场合,由于死亡结果与死刑的适用存在强烈关联,更不宜武断地对致一人死亡和致数人重伤进行同样的刑罚评价。

### 2. 从严情节运用不充分

如前所述,由于量刑起点设置过高,从严情节对死刑裁量的影响被严重压缩,法官在量刑过程中虽主要考虑如何宽宥被告人,最终的结果却是偏高的死刑适用率和死刑立即执行适用率。例如,在“刘福来故意杀人案”中,行为人具备手段极其残忍、有多次盗窃前科等量刑情节,最终被判处死刑立即执行;而在“郑来故意杀人案”中,行为人既不具备从严情节,也不具备从宽情节,最终也被判处死刑立即执行。<sup>(32)</sup>从严情节不仅具有从宽处罚的基本功能,而且是过滤严重犯罪的重要指标。对于实施同一犯罪的行为人而言,具备从严情节的行为人在法益侵害程度或再犯可能性上多高于不具备从严情节的行为人。通过从严情节法官得以区分二者,对前者处以较重刑罚,对后者处以较轻刑罚。但在故意杀人罪的量刑实务中,从严情节未能发挥过滤作用,从而影响了死刑司法控制的效果。

### 3. 预防刑裁量有名无实

由于量刑起点设置过高,预防刑情节类型较少、作用偏轻,加之量刑过程中刑罚理论的缺位,司法实务中预防刑裁量未得到有效关注、分量畸轻。并且,即便裁判文书中提及“人身危险性”“再犯可能性”等字样,其实际判断也严重依附于责任刑的大小、加害方与被害方社会关系的缓和状况。在本实证研究的样本中,仅有7个案件提及“再犯可能性”、27个案件提及“人身危险性”,现选取其中部分案件列于表5。通过该表可以看出,被法官认定为预防必要性较小的行为人,往往同时具备未遂、被害人谅解、被害人过错等情节;被法官认定为预防必要性较大的行为人,往往同时具备手段残忍等情节;在案件6和案件7

(29) 事实上,现有的实证分析成果已经表明,盗窃罪、故意伤害罪等部分常见犯罪的量刑起点,多在法定刑中线以下的一定范围内上下浮动。参见前引〔21〕,白建军书,第186页。

(30) 参见“吴志平故意杀人案”,安徽省高级人民法院(2013)皖刑终字第00003号刑事裁定书。

(31) 例如,2000年《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,“……死亡一人或者重伤三人以上,负事故全部或主要责任的……处三年以下有期徒刑或者拘役。”可以说,此时死亡一人等于重伤三人。

(32) 参见“刘福来故意杀人案”,吉林省松原市中级人民法院(2009)松刑初字第28号刑事判决书;“郑来故意杀人案”,海南省三亚市中级人民法院(2006)三亚刑初字第19号刑事判决书。

中, 行为人虽有自首、坦白等情节, 预防刑应相对较低, 但由于责任刑较重, 仍被认定为预防必要性较大。这在一定程度上说明, 法官在故意杀人罪的量刑中并未进行独立的预防刑裁量, 也未能充分发挥预防刑情节在死刑司法控制中的作用。

表 5 部分故意杀人案件中的预防刑裁量情节

编号	行为人	案号	预防刑裁量结果	量刑情节
1	孙晋磊	(2009) 徐刑一初字第 85 号	再犯可能性小 人身危险性小	认罪、悔罪 被害人谅解、民间矛盾、赔偿
2	高某某	(2013) 古刑初字第 18 号	再犯可能性小	自首、认罪、悔罪 未遂、被害人过错 被害人谅解
3	樊 锋	(2012) 新刑一初字第 52 号	人身危险性小	坦白 被害人谅解、民间矛盾
4	尚俊才	(2014) 延中刑一初字第 00006 号	人身危险性小	自首、初犯 无预谋 被害人谅解、民间矛盾、赔偿
5	莫好和	(2014) 粤高法刑四终字第 124 号	人身危险性小	认罪 被害人过错
6	李榜县	(2014) 粤高法刑一终字第 62 号	人身危险性大	自首 手段残忍、有预谋
7	曾广逢	(2014) 粤高法刑一终字第 80 号	人身危险性大	坦白、悔罪 手段极其残忍、有预谋 民间矛盾
8	吴 华	(2013) 鲁刑三终字第 82 号	人身危险性极大	手段极其残忍

#### 4. 部分量刑情节适用不当

刑罚理论不仅可用以判断某一情节应否影响量刑, 还可用以确定某一情节影响量刑的具体幅度。在司法实务中, 法官可根据某一情节影响社会危害性、人身危险性等的程度, 决定其影响刑罚的限度。但是, 对于被害人谅解、民间矛盾和赔偿等情节而言, 由于在理论上存在争议, 其适用陷入无指导、无限制的局面, 减损了死刑裁量的规范性。

首先, 被害人谅解的作用被不当放大。参照 2017 年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》的规定,<sup>(33)</sup> 对于仅具有谅解情节的被告人, 可减少基准刑的 20% 以下, 不仅小于赔偿情节, 更小于从犯、自首等情节, 而与坦白、一般立功等情节相当。但回归模型显示, 实务中被害人谅解的作用远大于从犯、自首等情节, 是最重要的否定判处死刑的

(33) 2017 年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》规定 “对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的, 综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况, 可以减少基准刑的 40% 以下; 积极赔偿但没有取得谅解的, 可以减少基准刑的 30% 以下; 尽管没有赔偿, 但取得谅解的, 可以减少基准刑的 20% 以下。其中抢劫、强奸等严重危害社会治安犯罪的应从严掌握。”

事由。

其次，民间矛盾的适用欠缺体系性。民间矛盾成为死刑量刑情节具有极强的刑事政策色彩，<sup>(34)</sup> 而当下民间矛盾情节通过指导性案例得以扩展，<sup>(35)</sup> 最高人民法院也有将其定位为一般量刑事由的倾向。<sup>(36)</sup> 如果民间矛盾具有影响量刑的正当化根据，则其不仅应能作用于是否判处死刑立即执行，也应能对是否判处死刑或其他刑罚有一定影响。然而，司法实务中民间矛盾的作用依然局限在政策性地否定判处死刑立即执行，而未能对是否判处死刑或无期、有期徒刑产生体系性影响。

最后，赔偿情节的适用流于表面。根据 2017 年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》的规定，法官在适用赔偿情节从轻处罚被告人时，应充分考虑行为人的赔偿数额、赔偿能力和赔偿积极性等。在本分析样本中，赔偿数额最少的仅 500 元人民币，最多的则高达 99 万元人民币。赔偿几千甚至几百元与赔偿上万甚至数十万元，对被害人的意义截然不同，所表征的行为人的责任程度、预防必要性甚至加害方与被害方社会关系的缓和程度等都不可等量齐观。但是，在将样本限制为有赔偿情节且有赔偿数额记录的案件，将赔偿数额与前述有效自变量共同置入死刑裁量的两个回归模型进行反复分析后发现，赔偿数额并没有表现出显著影响，法官关注的仅仅是行为人是否作出赔偿。

#### 四、故意杀人罪死刑司法控制的未来进路

由以上分析可知，故意杀人罪死刑裁量的减法机制无法满足更深层次的死刑司法控制需要，需对其作出如下调整。

##### （一）明确死亡结果的必要条件地位

无死亡结果却判处死刑的案件，是在进一步的死刑司法控制中首先应被排除出死刑圈的案件。为避免实践中法官对量刑的个人把握偏离法官的集体理性，同时否定司法实务中潜在的“多个重伤结果叠加可等同于一个死亡结果”的不当认知，宜通过司法解释或指导性案例，确立无死亡结果不得判处死刑这一基本立场。

##### （二）变减法机制为加法机制

减法机制使得死刑立即执行成为故意杀人既遂的量刑起点，并导致从严情节和预防情节难以发挥作用。为更好地在故意杀人罪中实现死刑的司法控制，首先应变减法机制为加法机制，将故意杀人既遂的量刑起点适度降低，仅对报应需求和预防必要性较大的行为人判处死刑立即执行，对报应需求和预防必要性较小的行为人则不判处死刑。

可以预见的是，量刑起点越低，死刑司法控制的效果越明显。为有效降低死刑适用率，至少需将故意杀人既遂的量刑起点降低为无期徒刑。然而，我国当下的现实情况决定了，

(34) 根据 1999 年最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》的规定，民间矛盾成为死刑量刑情节初始是为解决因民间矛盾引发的农村故意杀人案件与其他严重危害社会治安的故意杀人案件的区分问题，其政策性色彩十分明显，但理论基础较为薄弱。

(35) 具体可参见“王志才故意杀人案”（最高人民法院指导案例 4 号）、“李飞故意杀人案”（最高人民法院指导案例 12 号）等案例。

(36) 在 2009 年最高人民法院《人民法院量刑指导意见（试行）》中，民间矛盾是故意伤害罪的一般量刑情节，对因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意伤害案件，可减少基准刑的 10%—30%。

目前尚不具备将故意杀人既遂的量刑起点降为无期徒刑的条件。因此,可先将量刑起点降低为死缓,并辅之以从严情节体系的严格化、规范化以及从宽情节的体系化。对于报应需求和预防必要性较大的行为人,通过从严情节予以过滤,对作用显著、理论意义较大的部分从严情节加以提炼、规范化,以之作为判处死刑立即执行的必要条件。对于报应需求和预防必要性较小的行为人,则通过从宽情节予以过滤,对作用显著、理论意义较大的从宽情节加以提炼、规范化,以之作为限制适用死刑的情节。对于同时具有多种量刑情节的行为人,则根据实证分析结果和刑罚理论,结合案件的具体情况决定刑罚。<sup>(37)</sup>

事实上,加法机制的构想与域外司法经验有不谋而合之处。例如,日本学者通过总结最高裁判所的死刑判例发现,最高裁判所的死刑裁量首先以故意杀人既遂为前提,杀害人数在3人以上的,原则上判处死刑;杀害人数在3人以下的,须具备罪质与目的、与杀害行为相关的前科、是否在同一机会内杀害被害人、共同犯罪中的主导性、杀害的计划性、性被害等方面的从严情节,才能判处死刑;实证研究同样表明,从严情节在死刑裁量中的作用显著高于从宽情节。<sup>(38)</sup>美国(未废止死刑的州)控制死刑的措施之一也是在量刑中突出“法定加重情节”的作用,陪审团只能对具有一项以上法定加重情节的案件考虑是否适用死刑。<sup>(39)</sup>虽然具体要求不同,但这种以故意杀人既遂为前提,再以从严情节的存在为必要的裁量方法,正体现了死刑裁量中的加法思维。

加法机制降低了故意杀人既遂的量刑起点,使从严情节和预防刑情节可以发挥更大的作用,使前者发挥对严重罪行的过滤功能,使后者与责任刑情节相结合构建更加精密合理的刑罚裁量体系。为配合上述观念转变,将加法机制的设想落实,还应建立严格的死刑从严情节体系和指导性的死刑从宽情节体系。

### (三) 建立严格的死刑从严情节体系

在加法机制下,要判处死刑立即执行,行为人须故意杀人既遂且具有一个或多个死刑从严情节。死刑从严情节的选择和适用必须经过充分、谨慎的论证,既要确保不会将不必立即执行死刑的行为人划入死刑立即执行的范围,又要准确甄别该当死刑立即执行的行为人。本文暂以此次实证分析结果为基础,结合立法规定、司法解释以及学理探讨,尝试列举死刑从严情节如下:

#### 1. 死亡多人。死亡人数对判处死刑立即执行有着最为显著的作用,死亡人数在3人以

(37) 现阶段的实证分析仅能显示既有判决中对死刑裁量有影响的自变量,在转变为加法机制后,应有更多情节可对死刑裁量产生影响。司法机关可通过阶段性的实证分析,观测死刑裁量模型的变化,及时发现实践中有显著影响的量刑情节,衡量其作用大小,以指导具体的量刑活动。

(38) 日本的实证研究成果表明,在死刑裁量过程中作用最大的五个影响因子分别是:死亡人数,社会影响恶劣,被害人近亲属感情,主要杀人类型,缓刑、假释期间及出狱后短时间内杀人等。其中,被害人近亲属感情下的类别包括要求严惩和要求宽大处理;主要杀人类型包括普通杀人、抢劫杀人、伴随性加害的杀人或抢劫杀人、以营利为目的的绑架杀人或保险诈骗杀人。除被害人近亲属要求宽大处理外,全部为从严情节。参见渡边一泓、岩井宜子「近年の死刑判決の量刑基準——数量化による検討」犯罪学雑誌72卷168頁;永田宪史「死刑選択基準」井田良ほか編・浅田和茂先生古稀祝賀論文集(成文堂、平28)。

(39) 根据美国死刑信息中心的统计,这些法定加重情节主要有:手段残忍、重罪谋杀、威胁公众生命、逃避抓捕、一行为侵害多人生命、被害人是政府雇员、被害人是证人、被害人年龄、谋财杀人、买凶杀人、重罪再犯、司法执行期间杀人等。美国最高法院还为法定加重情节的认定提出了三个条件,分别是:能够进一步缩小死刑范围;能够使得陪审团的自由裁量受到控制并以客观方式产生非擅断性的结果;明确表述。参见魏昌东:《美国司法型死刑控制模式与中国借鉴》,《法学》2013年第1期,第37页以下。

上的,可考虑判处死刑立即执行;死亡人数在3人以下的,还需考察其他从严情节,判断报应需求和预防必要性的大小,以决定是否判处死刑立即执行。

2. 手段残忍。行为人的手段需达到极其残忍的程度,才能对其判处死刑立即执行。具体可从打击工具、次数、方式、部位以及被害人是否经受精神和肉体痛苦等情节进行判断。<sup>(40)</sup>比如,使用钝器击打他人致其当场死亡的行为人,其被判处死刑立即执行的机会,应小于使用预先准备的管制刀具,不计后果多次捅刺致被害人多处受致命伤而死亡的行为人。

3. 重伤结果。此处的重伤结果系指行为人至少实施了两个以上故意杀人行为,其中既有行为既遂造成他人死亡,又有行为未遂造成他人重伤。重伤结果对适用死刑也有一定的从严作用,其作用低于死亡多人,但高于非故意杀人罪构成要件结果。

4. 后果严重。此处的后果特指非故意杀人罪构成要件结果。例如,故意杀人后又碎尸的,故意杀害特定岗位工作人员致使发生重大安全责任事故造成他人人身伤害的,其量刑应重于故意杀人既遂但未造成非故意杀人罪构成要件危害后果的行为人。在极端情况下,非故意杀人罪构成要件结果虽非严重的法益侵害,但足以体现行为人坚决的犯意、极大的预防必要性时,也可考虑对其判处死刑立即执行。

5. 动机恶劣。在犯罪中,动机恶劣是常态,只有动机恶劣程度明显超出常态的,才能成为死刑从严情节。<sup>(41)</sup>例如,对于在刑事诉讼中为掩盖罪证而杀害证人的,为实施强奸、抢劫等严重犯罪而杀害被害人的,可考虑判处死刑立即执行。

6. 累犯、前科。刑法设置了相对精密的累犯制度,但遗憾的是在实证分析中并没有发现累犯对死刑裁量有显著影响,而前科也仅对是否判处死刑立即执行有一定作用。从减法机制变为加法机制后,可将二者作为死刑从严情节,对于有累犯情节或有前科的行为人,应具体考察其前罪实施时间、主观过错、罪后表现等,综合判断特殊预防必要性的大小,以决定是否从严处罚。对于虽曾犯罪(成立累犯或者前科)但特殊预防必要性较小的行为人,不应判处死刑立即执行。

以上仅是对死刑从严情节的初步列举,为确保死刑司法控制效果,还需在此基础上深入探讨各情节的规范化操作,通过指导性案例等方式明确适用细则,并在判决书中进行有针对性的说理,从而切实有效地限缩死刑立即执行的适用。

#### (四) 建立指导性的死刑从宽情节体系

死刑从严情节体系圈定了判处死刑立即执行的最大边界,死刑从宽情节体系则负责进一步规范和限缩判处死刑的边界。二者的不同在于,死刑从严情节体系是严格的,无死刑从严情节即不判处死刑立即执行;死刑从宽情节体系则是指导性的,无死刑从严情节但有死刑从宽情节的一般不判处死刑。但是,为确保量刑规范、刑罚适当,二者的运用都应是克制而谨慎的。本文暂以此次实证分析结果为基础,结合立法规定、司法解释以及学理探讨,尝试列举死刑从宽情节如下:<sup>(42)</sup>

(40) 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。

(41) 参见前引〔10〕,张明楷书,第282页。

(42) 实证分析表明,死亡结果和死亡人数对死刑裁量具有最为显著的影响,据此“无死亡结果”似乎应是最重要的死刑从宽情节。但是,从“死亡结果是决定是否判处死刑的必要非充分条件”这一角度考虑,无死亡结果的故意杀人案件自始就不在死刑的适用范围内,因此所列举的从宽情节中并未包括“无死亡结果”。

1. 限制行为能力。实证分析表明,即便在减法机制中,限制行为能力在一般情况下也可否定死刑的适用。在加法机制中,可将其作用提升至否定无期徒刑的适用,对于故意杀人既遂的限制行为能力人,原则上可判处有期徒刑。

2. 被害人谅解。实证分析表明,被害人谅解在多数情况下可否定死刑的适用。在加法机制中,可将其作用提升至否定无期徒刑的适用。但值得注意的是,被害人谅解影响量刑的理论根据尚存疑问,其判断在很大程度上仰赖法官的自由裁量。为保证死刑裁量的规范性,宜通过指导性案例或司法解释来明确什么形式和程度的被害人谅解可对死刑裁量产生何种影响。

3. 共同犯罪。实证分析表明,无论是从犯还是主犯,相对于单独犯,其所受刑罚都显著偏轻,原因应在于共同犯罪人对法益侵害结果的分担。其中,从犯相对于主犯在共同犯罪中作用较小、主观恶性往往也较小,因此对从犯不适用死刑、无期徒刑的概率应更大。而主犯在共同犯罪中往往作用较大、犯意坚决,因此在运用主犯情节从宽处罚时,法官需要综合考察,谨慎从宽。

4. 被害人过错。按照过错程度的不同,被害人过错可分为过错、明显过错和重大过错,其从宽处罚的作用具有层次性,过错程度越高,从宽作用越显著。比如,对于被害人有重大或明显过错的,尤其是那些为反抗长期家暴等而故意杀人的行为人,原则上可判处有期徒刑;对于被害人仅有一般意义过错的,原则上可判处行为人无期徒刑。

5. 自首。在减法机制下,部分自首情节可否定死刑立即执行的适用,部分自首情节则被用来否定死刑的适用。在加法机制下,可将自首的作用提升为否定死刑或无期徒刑的适用,对有自首情节的行为人,应根据案件具体情况判处无期或有期徒刑。

6. 立功。由于样本中立功、重大立功等情节数量较少,故未表现出对死刑裁量的显著影响。但根据刑法第68条的规定,立功应是重要的法定从宽情节,在量刑中的作用介于自首和坦白之间。因此,对于故意杀人既遂但有立功尤其是重大立功情节的行为人,可根据案件具体情况判处无期或有期徒刑。

7. 民间矛盾。在减法机制中,民间矛盾的作用被限定为否定死刑立即执行的适用。在加法机制中,可将其作用提升为否定死刑的适用,对于因民间矛盾激化而故意杀人的行为人,可判处无期徒刑。

8. 赔偿。在减法机制下,赔偿在一定程度上减少了死刑的适用,在很大程度上减少了死刑立即执行的适用。在加法机制下,赔偿原则上可使行为人的刑罚减至死缓乃至无期徒刑,对于少数主动赔偿、赔偿态度积极、赔偿数额高的行为人,可根据案件具体情况从宽判处有期徒刑。

9. 全面反省所犯罪行(坦白、认罪且悔罪)。坦白虽然显著降低了判处死刑立即执行的概率,但其作用力与其他量刑情节相比有明显差距,并且对行为人而言坦白的成本较低,因此原则上不宜肯定有坦白情节的行为人的刑罚可减至无期徒刑。坦白、认罪、悔罪是行为人对主要犯罪事实、犯罪行为违法性和恶害的承认,对于坦白的同时认罪、悔罪,全面反省所犯罪行的行为人,可综合案件具体情况从宽判处无期徒刑。

除上述情节外,根据实证分析和刑罚理论,司法实务中还可能出现一贯表现良好、初偶犯、被害人对犯罪行为的发生有一定责任(尚未构成被害人过错)和犯罪行为给犯罪人

自身造成伤害等从宽情节。这些情节的作用普遍较小，不足以识别较轻犯罪，因此现阶段不宜一概认定其可以否定死刑的适用。对于这些从宽情节，法官可在司法实务中酌情适用。例如，在具备这些情节时，可适当减少有期徒刑刑期，或者与前述死刑从宽情节结合适用以增加从宽力度，甚至在个别情况下否定死刑的适用。

#### （五）多情节案件的处理

加法机制的构想和死刑从严、从宽情节体系的建立可为死刑裁量搭建框架，而为了规范量刑实际操作，还需要处理多情节案件的量刑问题。根据作用方向和力度的不同，多情节具体表现为死刑从严情节、死刑从宽情节、普通从严情节和普通从宽情节的任意排列组合。其中同向情节的叠加一般不存在疑问，争议主要集中在从严和从宽情节同时存在时如何量刑。

在量刑的一般流程上，根据加法机制的构想，并参考2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》等司法解释的规定，可首先基于故意杀人既遂的前提，将量刑起点定为死缓；其次，根据死刑从严情节的有无和程度，决定是否判处死刑立即执行；再次，考虑死刑从宽情节，在死刑立即执行或死刑缓期执行的基础上加减刑罚；最后，考虑其他情节，进一步修正宣告刑，作出最终判决。<sup>〔43〕</sup>

在刑罚量的具体决定上，法官可根据实证分析结果对各情节的作用大小加以概括性把握；再根据刑罚理论，结合案件具体情况，衡量宣告刑是否足以实现对犯罪行为和行为人的报应和预防，从而决定最终的刑罚量。一般而言，当死刑从严情节和从宽情节作用相当时，可逆向相减、两两抵消。但由于不同情节的作用有所不同，且各情节内部也会有程度差异，因此对多情节案件的量刑应多概括指引，而不应一概而论。

#### （六）重视刑罚理论量刑指导作用

如前所述，减法机制因轻视刑罚理论而导致预防刑裁量有名无实、部分量刑情节适用不当等问题。因此，加法机制应在立足实务的同时，克服减法机制的功利性导向，在刑罚理论的指导下，建立、完善死刑裁量机制，筛选、认定死刑从严、从宽情节，实现理论与实务的协调。

首先，应在刑罚理论的指导下建立和完善加法机制。死刑从严、从宽情节是加法机制的重要部件，某一情节能否成为死刑从严、从宽情节，一方面须通过实证分析考察其在量刑中是否具有显著影响，另一方面须考察刑罚理论对该情节的界定与定位，论证其影响死刑裁量的正当化根据。尤其是被害人谅解、民间矛盾和赔偿等情节，在现有学理研究中始终难以找到它们影响量刑的理论根据，为充分且规范地发挥它们对死刑适用的控制作用，应解决这一理论根据问题。

其次，应在刑罚理论的指导下进行具体案件的死刑裁量。现实案件的刑罚裁量不仅面临量刑情节的冲突与叠加，更会面临刑罚目的的冲突与协调，当不同情节所反映的报应、

〔43〕 根据2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》的规定，量刑过程应分为量刑起点的确定、基准刑的确定和宣告刑的裁量三个步骤。但根据本实证研究，在故意杀人案件中，本应决定基准刑的死亡人数仅能影响是否判处死刑立即执行，死亡人数本身无法拉开各档次基准刑的差距，反而是限制行为能力等宣告刑影响因子对是否判处死刑影响显著。因此，本文选择将基准刑包容于宣告刑的裁量中，并以死刑从严情节、死刑从宽情节和其他情节来细分宣告刑的裁量过程。

预防等刑罚目的互相冲突时如何进行取舍、协调，需要刑罚理论的指导。

最后，应在刑罚理论的指导下进一步深化死刑的司法控制。实证研究只能针对过去的的数据作出分析，显示各量刑情节在过去的判决中的作用。但是，未来在死刑裁量机制由减法机制变为加法机制后，各量刑情节的作用须重新调整。并且，随着死刑司法控制的进一步发展，各量刑情节的作用也须随着刑事政策和死刑控制阶段性目标的变化而有所调整，而主导这一调整并引导死刑裁量机制改进的正是刑罚理论。现阶段故意杀人罪死刑裁量的功利色彩浓厚而理论色彩单薄，法官未能有意识地以刑罚目的指导量刑，量刑更像是不同情节作用的单纯加减。若将这种功利性导向继续传导至加法机制中，势必使理论与实践的脱节愈发严重，对死刑的司法控制也将缺少有力的宏观把控。因此，在关注量刑情节实际作用的同时，我们始终要将目光聚焦于刑罚理论。

---

**Abstract:** Empirical analysis shows that the understanding of Article 48 of the Chinese Criminal Law as meaning “the application of the death penalty is determined by the extent of liability and the immediate execution of death sentence is determined by the necessity of prevention” is not in conformity with judicial practice, and that the theoretical basis and practical effect of the scheme of judicial control of the death penalty based on this understanding is questionable. Currently China adopts a subtraction mechanism for the imposition of the death penalty in cases of intentional homicide: in cases in which intentional homicide resulting in the death of the victim, the death penalty is imposed in principle, unless there are enough mitigating circumstances; those who are sentenced to death are in principle executed immediately, unless there are enough mitigating circumstances for the suspension of the execution. In order to realize the judicial control of the death penalty, China should take the death of the victim as a necessary but not sufficient condition for the imposition of the death penalty, transform the subtraction mechanism into the addition mechanism, establish a strict system of aggravating circumstances for the imposition of the death penalty and an instructional system of mitigating circumstances for the exemption from the death penalty, so that in cases of intentional homicide resulting in the death of the victim, the death penalty with reprieve is imposed in principle, the death penalty with immediate execution is imposed only if there are aggravating circumstances, and no death penalty is imposed if there are mitigating circumstances and no aggravating circumstances. In cases with multiple circumstances, the final decision on the punishment should be made under the guidance of empirical analysis and the theory of punishment in light of actual circumstances of the case.

**Key Words:** intentional homicide, the death penalty, empirical analysis

---