

湘潭大学法学院◎编



湘江 法律评论 【六】



中国检察出版社

湘江法律评论

第6卷

湘潭大学法学院编
执行主编 程燎原

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

湘江法律评论. (六) 湘潭大学法学院编. —北京: 中国
检察出版社, 2004. 11

ISBN 7-80185-315-6

I. 湘... II. 湘... III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 115356 号

湘江法律评论 (六)

湘潭大学法学院 编

执行主编 程燎原

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 17.875 印张

字 数: 493 千字

版 次: 2004 年 11 月第一版 2004 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-315-6/D·1294

定 价: 42.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

卷 首 语

八年前,《湘江法律评论》问世。迄今,已出版五卷,蔚为大观,成就斐然。

《湘江法律评论》初创时,编者欲以学术为本,接续《湘江评论》之传统,重倡“学理的研究,社会的批评”,以期既精进中国法学,亦完备中国法治。

对于一份法学的出版物(我实在不知,将时下五光十色的各种“法律评论”称为“书籍”,还是“杂志”),能够秉承先人“研究与批判”之精神,立基法律学理的探究,于法制的改革与完善有所助益,当是法律学人的使命和天职。

法学界对于中国法学、法律、法治的本土化与外化(西方化、国际化、全球化之类)之间的纠缠,已有不少的讨论。这种纠缠,其实也存乎于《湘江法律评论》。本土化者,是要展示湘大法学院的学术风骨与学术优长;外化者,即面向全国的法律学人。愚见以为,学术的开放性,包括大量外来文稿的采用,应以本土化为前提。一个法学院所主办的出版物,无疑应该反映这个法学院的学术旨趣、学术特色、学术水准。一份出版物能够荟萃全国的名流精英,当然是一件幸事。但若如此,这份出版物所折射的,也就不是一个法学院学人的学术水平。它所代表的,可能更多是主编者和编辑人员的办刊理念。

本卷《湘江法律评论》,除少数几篇外来文稿外,大部分是湘大法学院学人的文论。其所涉问题,主要可归结为两大论域,一是“死刑的存与废”,另一是“制度中的权利”。对这些文论,自然由读者自己来阅读和评论,无需我在这里赘述一二。而在编稿过程

中，法理学专业研究生邓春梅、武掌华，作了大量的文字工作；刑法学专业研究生邢馨宇，将目录翻译为英文，这是必须特别说明并表达谢意的。

最近几年，我阅览近代中国的一些产生过较大影响的刊物，如《现代评论》、《新月》、《独立评论》和《观察》，常常生发出许多理想。譬如，希望一种刊物铭刻着一种自由的精神；希望主办刊物的人均是志同道合者；希望这个刊物的所有撰稿人，能够以刊物为纽带形成一种学术共同体；更希望这个刊物能有好的销路，如果“销路”好是刊物“影响”的一种标志……

这亦是我对继续前行的《湘江法律评论》的期待。

程燎原

2004 年 10 月 3 日

目 录

卷首语	程燎原 (1)
-----------	-----------

主题讨论之一 “死刑的存与废”

死刑问题国际研讨会学术观点综要	邱兴隆 (3)
死刑的效益之维	邱兴隆 (23)
中国死刑案件的司法程序	
——基于国际准则的分析	孙长永 (38)
死刑存废之法律文化透视	李交发 (65)
死刑四议	
——死刑问题国际研讨会断想	邱兴隆 (73)

主题讨论之二 “制度中的权利”

论宪政与宽容	
——以自由主义为视角	尹华容 (99)

齐玉苓案与宪法第三者效力问题	欧爱民 (109)
新闻自由的解读	吴晓秋 (123)
知情权的权利属性探讨	刘 艺 (171)
人与制度互动关系探微	
——中国乡村基层民主选举的法社会学研究	刘 颖 (188)
知识产权法的平衡机制解读	冯晓青 (243)
中国著作权观念的嬗变及其现代意义	杨利华 冯晓青 (286)
知识产权客体的理论范畴	王太平 (318)
纳税人税权初探	王 霞 (342)
抵押权顺位的探讨	彭熙海 谭九生 (352)
优先购买权历史考察及我国立法之选择	曹艳芝 (373)

论 坛

市民社会与政治国家互动

——入世背景下中国法治道路模式	唐 璨 赵永伟 (401)
WTO 与我国的行政理念更新	倪洪涛 刘 丽 (433)
刑事义务基本问题初论	杨 凯 (446)
论刑事证明中的责任结构及其法院证明职责	宋世杰 (462)
关于“经济法责任”研究思路的回顾与反思	颜运秋 (477)
论全球化时代国际法在国内适用的新情况	蔡高强 刘 键 (506)
关于条约在国际法中的地位问题	李伯军 (529)
经济全球化下非洲商法的统一化、协调化	朱伟东 (544)

Contents

Preface	Cheng Liaoyuan (1)
---------------	----------------------

Subject Discussions I Reservation and Abolition of Death Penalty

Summary of Academic Viewpoints Advanced at the International Symposium on Death Penalty ...	Qiu Xinglong (3)
Beneficial Dimension of Death Penalty	Qiu Xinglong (23)
Judicial Procedure of Capital Cases in China ——Analysis Based on International Rules	Sun Changyong (38)
Reservation and Abolition of Death Penalty in Legal Cultural Perspective	Li Jiaofa (65)
Four Remarks/Disputations on Death Penalty ——Fragments about International Symposium on Death Penalty	Qiu Xinglong (73)

Subject Discussions II Rights in Institution

Constitutionalism and Tolerance ——From the Angle of Liberalism	Yin Huarong (99)
---	--------------------

Case of Qi Yuling and the Efficacy of Constitution

to the Third Party Ou Aimin (109)

Unscrambling Freedom of the Press Wu Xiaoqiu (123)

Probe into the Attribute of Right of Knowledge Liu Yi (171)

Reciprocal Relations Between Individual and Institution/System

——Forensic-Sociological Research on Basic Level

Democratic Election in China Liu Ying (188)

Unscramble the Balance Mechanism of

Intellectual Law Feng Xiaoqing (243)

Evolution and Modern Significance of Copyright

Conception in China Yang Lihua & Feng Xiaoqing (286)

Theoretic Category of the Object of Intellectual

Property Wang Taiping (318)

Preliminary Study on the Right to Tax of Taxpayer

..... Wang Xia (342)

Discussions About the Sequence of Mortgage

..... Peng Xihai & Tan Jiusheng (352)

Historical Examinations on the Right of Preemption and

the Choice of Legislature in China Cao Yanzhi (373)

Forum

Civil Society and Political State Mutually Associate

——Chinese Pattern of Nomocracy in the Background of

Entry into WTO Tang Can & Zhao Yongwei (401)

WTO and Renovation of Administrative Conception

in China Ni Hongtao & Liu Li (433)

Elementary Discussions on Basic Issues of Criminal

Obligation Yang Kai (446)

Configuration of Liability in Burden of Proof and

Duty of Proof of the Court Song Shijie (462)

Retrospection and Introspection to Disquisitive Train of Thought

About Legal Liabilities for Economy Yan Yunqiu (477)

New Circs of the Internal Application of International Law in

the Era of Globalization Cai Gaoqiang & Liu Jian (506)

On the Status of Treaty in International Law Li Bojun (529)

Unification and Harmonization of African Commercial Law in

the Background of Globalization Zhu Weidong (544)

主题讨论之一
“死刑的存与废”

死刑问题国际研讨会 学术观点综要

邱兴隆*

2002年12月9日-10日,由中国社会科学院法学研究所、丹麦人权研究中心与湘潭大学法学院共同举办的“死刑问题国际研讨会”在湖南省湘潭市举行。来自中国社会科学院法学研究所、湘潭大学、北京大学、中国人民大学、武汉大学、西南政法大学、中南财经政法大学、西北政法学院、中央司法警官学院、贵州民族学院,中国台湾省、丹麦、美国、立陶宛与日本的近30位中外著名法学家与人权学家,在为时2天的会期中,围绕死刑的法理、死刑的存废、死刑的限制、死刑与人权的关系、死刑的国际标准、死刑的正当程序以及死刑与法律文化的关系等问题展开了紧张而富有成效的讨论。鉴于这是中国大陆第一次死刑问题专题研讨会,其不但受到了中外学界与媒体的广泛关注,^①而且,引起了民众在网上就中国死刑的存废的激烈辩论。^②现将研讨会的论文与讨论情况综述如下:

* 湘潭大学法学院院长、教授、博士研究生导师、法学博士,湖南省“芙蓉学者计划”特聘教授。本文系根据与会代表所提交的论文以及研讨会录音与记录整理而成。

① 《南方周末》2003年1月9日全面报道了此次研讨会的情况,随后,香港的《星岛日报》、《香港日报(英文版)》、《凤凰卫视台》、英国的《卫报(英文版)》、瑞士的《新苏黎士报(德文版)》以及国内外的其他数十家报纸与网站相继做了报道。此外,英国的BBC与美国的《美国之音》等也做了跟踪采访与报道。

② 新浪网与搜狐网分别于2003年1月9日13时转载了《南方周末》的有关报道,新浪网上所发表的相关评论多达4885条,搜狐网上所发表的评论也有1616条。

一、关于死刑的功效

作为世界性的死刑存废之争的折射，死刑的存废构成本次研讨会最激烈的争点。与会的外国学者一致主张死刑应该立即废止，而湘潭大学法学院邱兴隆教授则是惟一认为中国应该立即废止死刑的与会的中国学者。而死刑不具有理想的功效，成为废除论者的首要理由。

（一）关于死刑是否具有至高无上的威慑力

湘潭大学邱兴隆教授认为，我们没有理由不承认死刑具有威慑力，但是，我们无法证明死刑具有比终身监禁更大的威慑力。而国家确立与适用死刑，是以死刑具有比终身监禁更大的威慑力为首要根据的。既然死刑具有比终身监禁更大的威慑力是一个无法证明的命题，而国家确立与使用死刑又以此为首要根据，那么，我们便不能不说，国家适用死刑实际上是在以作为国民的犯罪人的生命作赌注进行一场遏制犯罪的赌博。

美国科罗拉多大学（University of Colorado）拉德莱特（Michael L. Radelet）教授认为，美国在 1976 年恢复死刑的执行时，最有力的理由是死刑具有比终身监禁更大的威慑力。但是，在今天，在美国，已没有人如此认为。正如要想阻止小孩玩火，只需足够的烫便可以达到目的一样，遏制犯罪，也只需终身监禁，而无需死刑。

立陶宛人权中心主任托马斯·波蒙迪纳（Tamara Birmontiene）教授介绍了在立陶宛废除死刑后，立陶宛人权中心就死刑的废除与犯罪率情况进行的关联分析结果，指出在立陶宛废除死刑后，犯罪率不但没有上升，而且有了下降。因此，她认为死刑与犯罪问题并没有直接联系，即是说，死刑的保留与适用不会直接导致犯罪率的上升，而死刑的废除也不会直接导致犯罪率的下降。相应地，应该认为，死刑具有比终身监禁更大的威慑力，是一个虚

构的命题。

最高人民法院研究室副主任胡云腾教授就中国的“严打”与故意杀人罪发生率的变化进行了关联分析。他认为，中国的杀人案件发生率与“严打”具有较大的关联性。中国分别于1983年、1996年和2001年实施了三次大型的“严打”，每次严打后，故意杀人罪的发生率都有明显的下降。但从总体上看，重刑重判并没有减少故意杀人罪。由此可以得出这样的结论：从故意杀人罪的发生率来看，包括重用死刑在内的“严打”行动虽然在短期内具有明显威慑效果，但这种威慑效果难以持久。重刑重判不过是遏制犯罪、维护社会治安的权宜之计，但不是实现国家长治久安的根本办法。

（二）关于如何认识死刑的剥夺犯罪人的再犯罪能力的功能

邱兴隆认为，死刑剥夺了犯罪人的生命，也就彻底剥夺了犯罪人再犯罪的任何能力。因此，死刑具有大于终身监禁的剥夺犯罪能力效果，应该是一个不争的结论。但问题在于，并非所有犯死罪的人都可能再犯罪。换言之，既已犯死罪的人中，有的可能再犯罪，而有的则不可能再犯罪。而我们无法准确地预测或鉴别什么样的犯死罪者可能、什么样的犯死罪者不可能再犯罪。相应地，为了彻底剥夺已犯死罪者中有再犯可能性的那一部分人的再犯能力，我们不得不处死所有已犯死罪者。这样，即使是不具有再犯可能性的人，只要其犯了死罪，其也不可避免地会在剥夺再犯罪的能力的需要的名义下被判处死刑。而这一方面从肉体上消灭了本可改造好的罪犯，牺牲了刑罚的改造功能，另一方面，意味着扩大了刑罚的成本，不符合刑罚的效益法则。因此，死刑的剥夺再犯罪能力的彻底性，不能成为证明死刑的正当性的根据。

拉德莱特也指出，死刑可以彻底剥夺犯人的再犯能力，也是美国于1976年恢复死刑的执行的重要根据。然而，事实上，自1976年恢复死刑后，美国死刑的适用并非真正是以剥夺再犯罪能力的需

要为根据，更多的是被歧视性适用于黑人与穷人。也就是说，彻底剥夺再犯能力，不是美国适用死刑的根据，而成为了种族歧视与经济歧视的借口。

二、关于报应正义作为死刑的正当根据

本次研讨会上的死刑存废之争的又一交锋点，是报应正义能否作为死刑的正当根据。

北京大学王世洲教授认为，人的生命是最宝贵的，自由则次之。若允许对故意杀人罪不判死刑，就意味着只能以剥夺罪犯的自由，来补偿他所剥夺的别人的生命权。而这是不公正的，刑法的惩罚功能与预防功能都因为死刑被废除而受到损害。刑法是以特定社会的道德观念为基础的学科，一种刑罚理念要最终上升为法律制度，必须以社会能够接受为前提。没有主导观念的支持，死刑无论存废都不可能。在事关生命的问题上，“以命偿命”的复仇观念仍然至少在一半国家得到支持。这就决定了“以命偿命”式的报应正义应该成为支持死刑的保留的正当根据。

与王世洲教授的主张针锋相对，邱兴隆认为，不能以“杀人者死”式的报应正义来证明死刑的正当性。因为其一，杀人者死式的所谓报应，是建立在犯罪所侵犯的权益与刑罚所剥夺的权益的对等之上的，其实质就是等害报复。如果死刑的正当性在于其所剥夺的权益与犯罪所侵犯的权益的相似性，那么，对伤害罪处以肉刑，对强奸罪处以宫刑便也是正当的；其二，假如死刑的正当根据在于“杀人者死”式的报应正义，那么，只要有杀人罪存在，死刑就不应废除。而杀人罪是永远不可能消除的，相应地，死刑也永远无法消除。假如我们今天以“杀人者死”式的报应正义作为限制死刑的根据，在明天，我们便会以死刑是惩罚杀人罪的必要手段为由而为死刑辩护，并成为顽固的死刑保留论者。

三、关于死刑的正当性的证明或者证伪责任

湘潭大学汪太贤教授就研讨会上出现的死刑存废之争发表了即席评论。在评论中，他对死刑存废论双方的逻辑证明是否有效表示怀疑，认为无论是保留论还是废除论，就死刑所做的逻辑证明都有片面性。因此，死刑保留论与死刑废除论都难以说服对方。由此又引发出了废止论者与保留论者关于死刑的正当性的证明或证伪责任之争。

作为对汪太贤教授的怀疑的回应，邱兴隆教授与北京大学陈兴良教授都承认，至今为止，死刑的正当性是一个既不能证明也不能证伪的问题。然而，在死刑的正当性究竟应该由保留论者来证明还是应该由废除论者来证伪问题上，二者截然对立。

邱兴隆认为，作为死刑废除论者，只需指出死刑的正当性无法证明，并驳倒死刑保留论者借以证明死刑的正当性的根据，就足以主张废除死刑。因为死刑是国家在法律中设立并通过司法活动适用的一种刑罚方法，国家理所当然地必须就为什么要设立与适用这一刑罚方法做出令人信服的解释，亦即必须证明设立与适用死刑的正当性。如果国家无法证明死刑的正当性，便说明国家设立与适用死刑的活动是盲目的，因而不正当的。因此，正如在刑事诉讼中，代表国家刑事公诉权的控方不能证明被告有罪，便应该推定被告无罪一样，如果国家无法证明死刑的正当性，我们便应该推定死刑是不正当的。而死刑保留论者维护死刑，实际上也就是在为国家的死刑权进行辩护，相应地，其应该就国家死刑权的正当性承担证明责任。黑格尔的著名命题“既存的都是合理的”中的“合理的”，应该是指“有原因的”，而不等于“正当的”。如果既存的都是正当的，那么，杀人、强奸等作为既存的现象，也可以认为是正当的。因此，死刑是中国社会既存的一种制度，不等于其永远是一种正当的制度，其正当性不是一个不需要证明的问题。

而陈兴良则认为，正如黑格尔所主张的一样，“既存的都是合