

四川大学法学院 主办

里赞 主编

望江法学

2013年卷 总第七卷

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

四川大学法学院 主办

里赞 主编

望江法学

2013年卷 总第七卷

主 办

四川大学法学院

顾 问

周应德 赵炳寿 黄肇炯

学术委员会

名誉主任 杨泉明

主 任 唐 磊

副 主 任 里 赞

委 员 (按姓氏笔画排序)

万 毅	马静华	王 竹	王建平	王建军	左卫民
古立峰	龙宗智	李 平	向朝阳	刘听杰	杜玉琼
陈永革	陈界融	杨泉明	杨遂全	杨翠柏	里 赞
张家勇	周 伟	金 明	顾培东	唐 磊	徐继敏
喻 中	曾 彤	谢维雁	魏 东		

主 编

里 赞

学生编辑

陈长宁(常务)	方 延(常务)	陈邦达
崔玉冰	孔德王	唐 棣
王隆文	张 恒	苏 骏
何盼盼	刘 洋	舒 岚

目 录

	刑事法学论坛	
魏 东 吴尚赞	中国死刑废除论者的理想景象	1
黄 鹏	论不纯正不作为犯与相应作为犯等价的 可能性	15
伍秋妮	犯罪主观心态的转化问题研究	25
苏镜祥 刘蕾章	形式与功能： 刑事判决书变迁研究(1980—2010)	37
薛 培 杨辉刚	论未成年人刑事案件社会调查的新进路 ——以检察官参与社会调查为视角	51
王 彪	基层法院疑罪处理的实体模式与程序机制	68
董 磊	刑事占有总论 ——法秩序统一下民法移植的反拨与诤议	87
	论文	
石东洋	法律解释目标实现的逻辑程式建构	110

2 目 录

吴元中	主权的迷途	121
	——兼论相关宪法条款的妥当性问题	
陈永革 付贤禹	行政诉讼受案范围之困惑	132
	——立法冲突与解释窘境	
蔡诗言 李 成	程序瑕疵抑或程序违法:	154
	超期治安行政处罚行为的法律性质及后果	
	——以相关案例判决为例的分析	
欧家路 申莉萍	论公司债权人的法律保护机制	166
	——以公司内部的权力制衡为视角	
吴 茜	商业言论自由与竞争法规制	179
	——理论综述及案例研究	
李 鑫	农村集体资产管理制度:概况、困境与发展	194
杨志敏	浅析文学角色的著作权保护	203
	——兼评续集是否构成侵权问题	
王 竹 周 旭	机动车所有人与使用人不是同一人时的	207
	机动车一方交通事故责任分担规则研究	
任 江	遗嘱执行人基本概念解析及其制度解构	217
刘 洋	流浪动物损害责任规制中的利益衡量与	231
	救济途径探讨	
罗维鹏	小额诉讼:一个程序,两种启动?	245
	——以《民事诉讼法》第 162 条为中心	

中国死刑废除论者的理想景象^{*}

魏 东^{**} 吴尚赞^{***}

死刑存废的论战滥觞于1764年贝卡利亚的著作《论犯罪与刑罚》，至今已持续两个半世纪之久。如今，这一长盛不衰的理论热点，如同日本学者西原春夫所说，已经成了一个“枯竭的问题”，所剩的只是关于存续或是废除的法律信念而已。^{〔1〕}从死刑的最终命运观察，死刑的废除已经是不可逆转的国际趋势，也是我国学术界已基本达成的理论共识。然而在当前，中国关于研究死刑存废争议的著作可谓汗牛充栋，几乎穷尽了所有可能想到的理由；其中对于（尽快）死刑废除论者而言，死刑废除的具体路径设计却略显单薄。因此，本文本着务实的精神，在认同死刑必然走向废除这一基本前提下，深入分析中国死刑废除的具体路径和合理期待，以期对于中国死刑废除研究有所裨益。

一、梦魇缠身：中国死刑实践问题

死刑自古就在中国刑罚历史长河中占有举足轻重的地位。不论是“墨、劓、剕、宫、大辟”、“笞、杖、徒、流、死”到现今的“管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑”，唯一不变的即为死刑。新中国成立以来直到1979年止，虽没有颁布刑法典，但在多种单行刑法中均规定有死刑。1979年刑法出台，其中规定了28个死刑罪名，并且15个罪名是备而不用的反革命罪名。在总则部分，既对死刑适用做出了限制性的规定，又独创性地提出了中国刑法特有的

^{*} 本文系作者所承担的2012年度国家社科基金项目重点课题“刑法解释原理与实证问题研究”（12AFX009）的阶段性成果之一。

^{**} 魏东：四川大学法学院教授、博士生导师。

^{***} 吴尚赞：四川大学法学院硕士研究生。

〔1〕 参见长井园：“围绕舆论与误判的死刑废除论”，张弘议，载《外国法评议》1999年第2期，第17页。

死刑缓期执行制度。可以说,1979 年刑法典关于死刑罪名的规定,比较鲜明地反映出慎用死刑的立法思想,有利于限制死刑的适用。^{〔2〕}

自 1978 年改革开放以来,由于社会转型期特有的社会失范效应,犯罪率大幅提高。根据资料统计,改革开放前三十年间,我国刑事犯罪案件每年立案数一般都在 50 万起以下(大案 5 万起以下)。改革开放后,1979 年突破 60 万起,以后持续上升,1981 年达到 89 万起。^{〔3〕}至此严打运动出台,我国进入死刑数量的迅速膨胀时代。直到 1997 年刑法出台之前,中国的死刑罪名已增至 74 个之多,且基本集中在经济犯罪和普通刑事犯罪两个方面。在此期间,不仅在立法上过于倚重死刑,而且通过各种司法解释的出台扩大死刑的适用范围。20 世纪 80 年代最高人民法院死刑复核权的下放,更在程序上进一步助长了死刑适用的高潮。这种重刑主义思想一直延续到了 1997 年刑法的修订。尽管在 1997 年刑法出台前,我国一些刑法学者已对死刑的大幅度适用表现出了忧虑,例如高铭暄教授指出:“目前刑法中可判死刑之罪,约占全部现行刑法(含特别刑法)罪种数的 29%,这是一个令人震惊的数字,不仅建国以来的刑法历史上是空前的,而且在当代世界保留死刑的各国刑法中也是名列前茅的。死刑多,不是一件值得骄傲的事。”^{〔4〕}但是出于严打惯性的影响、死刑在民众中的广泛认同、法治精神的缺位等多重原因,立法机关并未采纳相关刑法学者的建议,对于原有死刑罪名只是略作压缩,1997 年刑法仍对于高达 68 种罪名保留了死刑。

进入新世纪后,中国进入了全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的新的发展阶段。物质文明水平、法治建设程度及人权发展水平均有了大幅度的提升。在这种历史背景下,刑法学界对于死刑限制、废除的研究也如火如荼,成为当今刑事法治领域的前沿、热点课题。2007 年死刑案件复核权统一收回最高人民法院行使,成为司法领域对于死刑限制适用呼声的一次响亮回应;2011 年施行的《刑法修正案(八)》,更是被视为死刑废除之路上具有里程碑意义的破冰之举。然而,由于我国历来重刑主义思想和死刑工具主义观念的桎梏、对于死刑的过多依赖及死刑本身具有的深厚的民众基础等原因,死刑的立法和司法现状依旧存在很多不足之处。

〔2〕 参见赵秉志:“我国现阶段死刑制度改革的难点及对策——从刑事实体法视角的考察”,载《中国法学》2007 年第 2 期。

〔3〕 参见钱大群、夏锦文:《唐律与中国现行刑法比较论》,江苏人民出版社 1991 年版,第 345 页。

〔4〕 参见高铭暄主编:《刑法修订建议文集》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 8、10 页。

(一) 我国死刑立法之不足

在 2011 年《刑法修正案(八)》颁布后,我国的死刑罪名减至 54 种,虽然较之前有了可喜的进步,但与世界上留有死刑的国家相比仍是一个触目惊心的数字。此外这部具有“试水”意味的刑法修正案,仍在部分条文如“老者免刑”中留下了“但以特别残忍手段致人死亡的除外”这种进一步退半步的“尾巴”。总体而言,我国死刑立法具有以下不足:

1. 死刑罪名总数繁多。尽管《刑法修正案(八)》废除了 13 项罪名的死刑,但是从死刑的整体适用数目来说,并未带来太大的改变。

2. 死刑罪名涵盖面过广。特别是经济犯罪和普通刑事犯罪领域也保留了大量的死刑。经济犯罪不适用死刑,已成为当前国际社会的通例,并且不论从犯罪成因、社会危害性还是民众接受度上,经济犯罪的“罪不至死”已成为我国刑法学界比较一致的共识。因此对于经济犯罪的去死刑化,可谓我国死刑废除之路上要先行解决的“顽石”。而对于非暴力、危害程度不大的普通刑事犯罪留有死刑,既从罪刑相适应的角度凸显了过多重刑主义思想,也不利于我国刑法与世界潮流的接轨和国际形象的维护。

3. 死刑标准过于概括。不论是刑法总则中“罪行极其严重”的死刑适用统一标准、“如果不是必须立即执行”的立即执行和缓期执行之分标准,还是刑法分则中各个死刑罪名具体适用标准,或是当数个量刑情节竞合特别是同时存在从重情节和从轻情节时的处断准则,都没有明确的规定。

4. 刑罚结构的失衡。我国刑罚结构近来因“生刑过轻,死刑过重”而被人诟病,尽管《刑法修正案(八)》的出台有效缓解了这一弊端,即调整了有期徒刑的上限,也以限制减刑的方式在死缓和无期徒刑之间铺设了一条缓冲带,但通过与世界各国刑法的比较,可发现我国刑法之刑罚结构“头轻脚重”的缺陷仍然较为突出。

5. 绝对死刑的存在。尽管绝对法定刑是近代刑法发展史上罪行法定主义的产物,但是由于完全限定法官的自由裁量、悖于人权保障机能等弊端早已被现代各国刑法摒弃。而这早与时代脱节的刑罚类别竟大量运用于以剥夺犯人生命权为内容的极刑当中,使得我国的死刑废除之路增添了更多令人不安的障碍。

(二) 我国死刑司法之不足

目前,我国死刑司法存在以下不足之处:

1. “少杀,慎杀”的司法观念相对淡薄。“少杀,慎杀”是我国死刑政策的基本内容。然而司法实践中诸多法律事务部门受重刑主义和法律工具主义的束缚,在死刑的具体运作中做出了许多与“少杀,慎杀”政策背道而驰的处

断。目前中国的死刑判决和死刑执行,虽然无法得知其准确数量,但是常见而直观的死刑判决书和死刑执行案例足以令人不寒而栗。

2. 死刑裁量规则的缺位。最高人民法院至今都没有出台明确的规定,致使死刑的适用缺乏明确、细致和具体的司法规则。^[5] 况且死刑在司法实践中的具体运作,很多情况下都是数个量刑情节组合排列、竞合博弈的过程。具体裁量规则的缺位,会致使各地在死刑案件的具体处断中缺乏统一的适用标准,不利于我国死刑废除之路的健康前行。

3. 死刑复核与死刑执行的规范缺失。尽管自 2007 年以来,最高人民法院收回了下放二十余年之久的死刑复核权,新刑事诉讼法生效后复核方式也有了较大的开放性,但是现阶段最高人民法院的死刑复核程序仍有许多不完善的地方,如死刑复核中的审理、辩护、监督以及执行并不十分规范,尤其是未对监督程序的有效介入提供合理空间,^[6] 以及在复核过程中以有限数量的法官审核全国死刑案件时如何平衡质量与效率的关系等,都是亟待解决的问题。近期曾成杰的死刑执行,在社会上引起较大反响,该案集中而突出地反映了我国死刑适用中存在的问题,应当引起高度重视。

二、美梦如歌:中国死刑废减方案

自改革开放以来,随着民主法治建设的不断深入,我国出现了广泛而热烈的死刑存废论战。虽然关于死刑存废争议的研究著作浩如烟海,但系统分析在中国具体国情下如何设计废除死刑路径的却屈指可数。进入新世纪后,关于死刑废除的研究逐渐深入,死刑废除方案的研究逐渐形成了全新的学术主流观点。

目前学界对于死刑废除的方案,主要有死刑立即废除论(即时废止论)、死刑逐步限制而最终废止论两种。应当说,这是中国刑法学者针对死刑理性进行严肃反思后向国民传递的两场美梦:“最美的梦想”是死刑立即废除论(即时废止论),“五十年梦想”与“百年梦想”是死刑逐步限制而最终废止论。

死刑立即废除论(即时废止论)是“突然死亡法”,即政治家通过修法,立即全面废除死刑;后者是“慢性死亡法”,即先严格限制,再弃而不用,最后全

[5] 参见赵秉志:“我国死刑适用若干重大现实问题研讨——以李昌奎案及其争议为主要视角”,载《当代法学》2012 年第 3 期。

[6] 参见王涵:“死刑复核——不能单靠最高法”,载《民主与法制时报》2013 年 3 月 4 日。

面废除。^{〔7〕} 死刑即时废除论最早由邱兴隆教授于2000年在北京大学法学院所作的演讲“死刑的德行”中提出。该报告对死刑进行了激烈的批驳,提出了立即废除死刑的观点。邱兴隆教授认为,从传统的刑法理论中报应和功利两方面功能来看,死刑的正当性在道德上都是令人质疑的;死刑的存在没有道德基础,是荒谬的,我国的死刑应当立即废除;^{〔8〕}并且从刑罚的效益性角度出发,也应当立即废除死刑。^{〔9〕} 邱兴隆教授的观点在刑法学界掀起了一股新思潮,并得到了部分学者的热烈响应,如曲新久教授亦认为死刑必须立即废除,而且越快越好,哪怕提早一天都好。^{〔10〕}

而死刑逐步限制而最终废止论最早于20世纪90年代中期开始由我国部分学者提出。如胡云腾教授认为,应当根据我国目前的政治、经济、文化发展水平,并参照其他国家的经验,逐步实现在法律上 and 实践中全面废除死刑。^{〔11〕} 该学说一经提出,就获得刑法界众多学者的支持,至今这种渐进式的死刑改革模式已在我国成为理论界的共识。高铭暄教授认为,在我国现阶段,不大可能从整体上把死刑作为一种刑罚制度完全废除,其在我国还有存在的必要性和支撑点,因此在现阶段要积极创造废除死刑的条件,努力追求将来废除死刑这个目标。^{〔12〕} 赵秉志教授认为,虽然目前我国废除死刑的社会物质生活条件和法治思想等条件并不完全具备,但在我国死刑立法过为宽泛的情况下,我国仍然是可以对死刑进行严格控制和减少的,我国的刑事立法、司法应当予以重视;尽量减少死刑,最终在条件成熟时废除死刑,应当成为我国刑事立法、司法和刑法理论在死刑问题上的主导方向。^{〔13〕} 陈兴良教授认为,我们是在中国社会转型这样一个大的历史背景下讨论死刑的问题,不能将问题简单化,中国走向死刑废止是一个逐渐的过程,这不仅是我国学者的共识,也是一种较为客观的态度。^{〔14〕} 事实上,即便是提出死刑即时废止论的邱兴隆教授也认为,从中国的具体国情来看,不论是出于普通民众的情绪还是决策者的心态,在短时期内不具有废除死刑的可行性,而在现阶

〔7〕 参见赵秉志:“死刑存废的政策分析与我国的选择”,载《法学》2004年第4期。

〔8〕 参见邱兴隆:“死刑的德行”,载中国死刑观察, <http://www.chinamonitor.org>。

〔9〕 参见邱兴隆:“死刑的效益之维”,载《法学家》2003年第2期。

〔10〕 参见曲新久:“推动废除死刑:刑法学者的责任”,载《法学》2003年第4期。

〔11〕 参见胡云腾:《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第301~302页。

〔12〕 参见高铭暄、苏惠渔、于志刚:“从此踏上废止死刑的征途《刑法修正案(八)草案》死刑问题三人谈”,载《法学》2010年第9期。

〔13〕 参见赵秉志、肖中华:“死刑的限制与扩张——建国以来法学界重大事件研究(十七)”,载《法学》1998年第10期。

〔14〕 参见陈兴良:“中国死刑的当代命运”,载《中外法学》2005年第5期。

段采取限制死刑的措施,则是一种完全可行的选择。^[15] 因此,可以说,从严格限制死刑的适用开始到逐步过渡到全面废除死刑的渐进之路,既是目前我国多数学者达成的一致共识,亦是指引中国通往废除死刑的现实方向。^[16]

然而,在为死刑废除方案的大方向定下基调后,要及时着手于技术层面死刑制度废除的步骤构想和制度构建,否则死刑废除在中国仍停留在口号性的呼吁和倡导。在死刑逐步限制而最终废除论框架内,我国不少学者通过各种具体的路径对我国死刑废除问题进行了探讨。这是值得我们高度重视的学术热点。

胡云腾教授在 1995 年就提出了废除死刑的“百年梦想”。他认为废除死刑的进程要分三个阶段:第一个阶段是 20 世纪 90 年代中期到 2010 年,争取大量废除死刑,将现行刑法中的死刑罪名限制在 15 个左右(军职死刑罪名除外),并将全部死刑案件的复核权收回最高人民法院,对于未废除死刑罪名的数量降为当时的十分之一左右;第二个阶段是 2010 年到 2050 年左右,做到基本废除死刑,只对故意杀人、叛乱、恐怖活动等 2 至 3 种罪名适用死刑,且死刑案件适用的数量再降为上个阶段的十分之一左右;第三个阶段是 2050 年到 2100 年,这个阶段要做到全面废除死刑,争取做到立法上没有死刑,司法实践中不适用死刑。这一阶段中,可以再分一些步骤,先废除死刑立即执行,对于罪大恶极的犯罪分子统一适用死缓,之后再死缓废除,逐步过渡到死刑的全面废除。^[17] 然而,这一死刑废除的百年计划表在现在看来明显带有过于理想化的色彩,并且缺乏详尽的理论支撑和配套制度分析,不过就当时的法治背景和理论探讨深度而言,亦不失为一次成功的投石问路,为后来的死刑废止论学者提供了广阔的思索空间。

赵秉志教授则在 2005 年明确提出了废除死刑的“五十年构想”,并对死刑逐步废止问题进行了纲要式的构想和论述。他认为死刑的废止进程离不开社会文明、法治进程、人权发展状况的推动和支撑,应与社会主义现代建设的不同发展阶段相适应,因此从宏观角度“根据党中央所提出的在 21 世纪的阶段性发展目标,可以设想中国经过如下三个阶段逐步废止死刑:一是及至 2020 年亦即建党一百周年,先行逐步废止非暴力犯罪的死刑;二是再经过 10 到 20 年的发展,在条件成熟时进一步废止非致命性暴力犯罪(非侵

[15] 参见邱兴隆主编:《比较刑法第一卷·死刑专号》,中国检察出版社 2001 年版,第 97 页。

[16] 参见“湖南召开首个死刑问题研讨会,我国是否应废除死刑”,载 <http://news.sohu.com/93/84/news205608493.shtml>。

[17] 参见胡云腾:《死刑通论》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 302 页。

犯生命的暴力犯罪)的死刑;三是在社会文明和法治发展到相当发达程度时,至迟到2050年亦即新中国成立一百周年之际,全面废止死刑。”^[18]

在制度设计上,赵秉志教授从立法和司法两个层面对于我国死刑废止方案进行了阐述。首先在立法上以采取暴力与否、采取致命性暴力与否、主观上是故意还是过失三层逐步递进的标准,将现有死刑罪名分为非暴力死刑罪名、非致命性普通暴力死刑罪名、致命性暴力死刑罪名和战时暴力死刑罪名,以废止非暴力罪名的死刑为切入点对于现行死刑罪名进行修正。^[19]另外采取配套制度保驾护航,不断提高死刑适用的标准,修改设有绝对死刑的罪名。其次在司法上对死刑进行控制,拓宽死缓的适用空间,对于对限制死刑起到重要作用的酌定量刑情节进行司法改进,在司法实践中完善死刑适用指导意见,积极推行死刑案例指导制度等。^[20]在此过程中,注重司法改革和立法改革相结合,并以刑法的司法改革为中心,即注重二者的齐头并进,又有针对性的从司法领域角度做出更积极地探索。^[21]

高铭暄教授提出,“我国死刑立法的进一步改革必须司法先行,立法紧跟,两者互相配合,待司法经验积累成熟,立法一举突破。”首先,立法改革方面应当首先从犯罪危害性最小的、非暴力犯罪中的经济犯罪(不包括贪污罪、受贿罪)入手,由轻到重、由浅到深地对我国刑罚体系进行修正,并辅之以死刑替代措施对死刑的现存功能进行弱化。^[22]其次,在司法改革方面切实贯彻“少杀、慎杀”的死刑政策,统一司法中死刑的适用标准,可以由最高人民法院以司法解释的形式颁布统一的死刑适用规则,同时辅之以典型判例加以规范。立法改革和司法改革是死刑废止中一脉相承的问题,目前因为立法短期难以取消死刑,固司法控制的地位和作用就十分突出了,因此要司法先行,立法紧跟,相辅相成,逐步限制、减少死刑的适用。^[23]

陈兴良教授同样认为死刑的废止需要立法活动和司法活动的共同作用。在立法设置上,首先要从备而不用死刑罪名入手,对于危害国家安全犯罪、危害国防利益犯罪和军人违反职责犯罪中大部分的死刑设置予以废

[18] 参见赵秉志:“中国逐步废止死刑论纲”,载《法学》2005年第1期。

[19] 参见赵秉志:“论中国非暴力犯罪死刑的逐步废止”,载《政法论坛》2005年第1期。

[20] 参见赵秉志、彭新林:“论酌定量刑情节在限制死刑适用中的作用”,载《中国刑事法杂志》2011年第12期。

[21] 参见赵秉志:“我国现阶段死刑制度改革的难点及对策——从刑事实体法视角的考察”,载《中国法学》2007年第2期。

[22] 参见高铭暄:“新中国死刑立法的变迁与展望”,载《文史参考》2010年第20期。

[23] 参见高铭暄、苏惠渔、于志刚:“从此踏上废止死刑的征途《刑法修正案(八)草案》死刑问题三人谈”,载《法学》2010年第9期。

止;其次对于除贪污贿赂犯罪以外的经济犯罪中的死刑进行大幅度削减;最后,依据社会危害性对于普通刑事犯罪进行调整,当中即便有部分罪名现阶段难以废除死刑,也要进行严格的司法限制。^[24]在司法控制上,应颁布控制死刑的司法政策,提供死刑的裁判规则,颁布死刑的指导案例,以求在司法实践中能够运用统一的死刑载量规则,并且在适用死刑上要扩大死缓的适用范围。陈兴良教授同样重视死刑的司法控制效果,其认为死刑的立法控制虽然有一劳永逸之效,但是具有一定的政治风险,在死刑的社会基础尚不雄厚的背景下,骤然减少死刑反而可能会引发社会动荡,而司法控制身为一种个案控制,可以起到积塔成沙的积累效应。^[25]

张明楷教授则从解释学的立场为死刑废止之路做了独辟蹊径的诠释。张明楷教授认为,在现行刑法之内,刑法学者要“将削减死刑的刑法理念落实于具体的解释结论,即应当将削减死刑的理念具体化为削减死刑的解释结论,从而使削减死刑的理念得以实现。”对于死刑存废之争达成一致仅仅具有宣示性的意义,在现行法的存续期间,修改和废止都需要漫长的周期以及存在难以预料的障碍,刑法的研究应注重解释学而非立法学。固要将减少死刑的理念贯彻于刑法解释的全过程,才能更加有效地推进削减乃至废除死刑的进程。如关于死缓制度,我国刑法第50条规定:“判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,二年期满以后,减为无期徒刑;如果确有重大立功表现,二年期满以后,减为二十五年有期徒刑;如果故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑。”其中关于故意犯罪的范围应当如何解释?如果包括刑法分则规定的各种故意犯罪,并且涵盖故意犯罪的全部犯罪形态,显然扩大了死刑立即执行的范围。但本着限制死刑的理念,在符合罪刑法定原则、解释原理的前提下将故意犯罪解释为“明显反映死缓犯人抗拒改造情节严重的故意犯罪,而且不包含预备行为”,就在不对现行刑法“伤筋动骨”的前提下,合乎原则和理念的限制了死刑的适用范围。此外对于在死刑缓期执行期间,先有重大立功表现,后又故意犯罪的,应如何处理?减为有期徒刑显然不合理,那么是减为无期徒刑还是改为死刑立即执行?面对法律并未明确的灰色地带,如果本着限制死刑的理念,答案即见分晓,显然减为无期徒刑既有利于死刑的限制,又体现了死缓制度本身的目的。此外刑法分则中还存在许多类似这样法条内的“域外空

[24] 参见陈兴良:“中国死刑的当代命运”,载《中外法学》2005年第5期。

[25] 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”,载《法学》2013年第2期。

间”，如许多条文都规定了结果加重犯，因为刑法本身对于基本犯规定死刑的并不多，固因为加重结果而被判处死刑的罪犯不乏其人，如果只是机械地适用结果加重犯的条文，势必扩大死刑的适用范围，但是若本着限制死刑的理念，在解释论上限制结果加重犯的成立范围，便可使相关的死刑判决大为减少。类似的例子不一而足，由此可见，并非只有削减死刑条文才能削减死刑。张明楷教授认为，尽管在现阶段还难以达成，但是从纯粹的法律逻辑上来说，即使对现行刑法不做任何修改，法官也可以做到不判处一例死刑。^{〔26〕} 张明楷教授的观点为当今中国死刑限制方案提供了更加广阔的探索空间。

如储槐植教授认为，“罪行极其严重”量定客观危害，是死刑适用的一般化标准，不因人而异，而罪行极其严重的“犯罪分子”，测查主观恶性，是死刑执行裁量的个别化根据，“罪行极其严重”乃“罪大”，“犯罪分子”乃“恶极”，死刑执行方式取决于内因，罪大又恶极适用死刑立即执行，罪大不恶极的适用死刑缓期执行；在此区分基础上，对于死缓的适用范围进行司法控制。^{〔27〕} 又如梁根林教授完全跳出法律技术的窠臼，认为死刑废除问题“在根本上是一个受集体意识的公众认同以及政治领袖的政治意志左右的政策选择”。^{〔28〕} 这些学术见解在最终废除死刑的基本立场上是比较一致的，在此因篇幅有限，不多加赘述。

可见，我国限制、废除死刑论者的观点尽管在个别“分支”上见仁见智，但对于最终废除死刑方案的大体走向趋于一致，并在相当部分制度设计上存在重叠和承袭，即以立法限制与司法控制的相互作用为主线，司法先行，立法紧跟，兼辅之配套制度，并秉持死刑限制理念对现存制度缺陷进行补足和修正。

三、梦醒时分：中国死刑废减的合理期待

以上论述仅从刑事实体法层面对于死刑废除方案进行构建设计，然而，学者梦想并没有获得太多的现实认同，更没有步入理论付诸实践、方案对接现实的阶段，学者们的高瞻远瞩在当前的社会背景下带着些许“众人皆醉我独醒”落寞的精英姿态。不得不说，死刑的废除并非简单的法律问题，而是社会文明程度、法治发展状况、人权发展水平等因素共同作用的结果，特别

〔26〕 参见张明楷：“刑法学者如果为削减死刑做贡献”，载《当代法学》2005年第1期。

〔27〕 参见储槐植：“死刑司法控制：完整解读刑法第四十八条”，载《中外法学》2012年第5期。

〔28〕 参见梁根林：“公众认同、政治抉择与死刑控制”，载《法学研究》2004年第4期。

是民众对于死刑依赖程度、领导决策层对于方案的认同度都对死刑废止的进程起着举足轻重的影响。技术瓶颈还未突破,而意识壁垒早已存在,许多在刑法学界奉为圭臬的信仰原则,回归现实却存在举步维艰的风险。因此要从远期对废除死刑保有合理期待,必须寻求一个多数学者、多数政要、多数法学均能接受的契合点,否则死刑在中国的废止,只会化为“路漫漫其修远兮”的感叹。梦醒时分,学理应当回归现实并针对具有现实紧迫性的死刑政策理性期待、政府主导与民意引导等问题提出合理的解决方案。

(一) 死刑政策与理性期待

死刑政策在我国是一个亟待进一步研究开拓的刑事政策领域,具体是指一国根据本国法制状况制定的关于死刑的立法存废、司法适用以及行刑处遇的指导思想、方针、政策等的策略体系的总和,分为死刑立法政策、死刑司法政策和死刑执行政策三个方面。^[29]至此,我们将从刑事政策统筹全局的角度出发,以死刑政策为阐释脉络,在死刑必将走向废除这一基调的前提下,对死刑废止方案进行更加深入的解读。

1. 死刑的立法政策

死刑的立法政策在广义上包括死刑罪名、死刑的适用条件、死缓制度等内容。目前,刑法中规定 54 种死刑罪名,不论是绝对数量还是非暴力剥夺生命犯罪所占的相对数量在世界范围内都是罕见的。因此在死刑的立法设置上,应当以非暴力剥夺生命犯罪(尤其是经济犯罪)作为突破口进行削减。不过要特别注意的是,理论上有人认为,贪污贿赂罪的死刑废止问题需要区别看待,因为我国目前贪污腐败现象较为严重,尽管根本原因是权力垄断等制度性缺陷,但是对此设以极刑仍有不可忽视的震慑作用,尤其是从民众心理上来说,贪污腐败类案件无时不牵动着公众的神经,其主角在未银铛入狱时就已是公众焦点,更何况是触及贪腐这一民众雷区以后,此时若是对于贪腐类案件的死刑改革操之过急,反而会使民众的情绪变得过度紧绷,引发得不偿失的反弹效应,因此现阶段要着重解决的问题应限于对贪污腐败类案件死刑的限制使用,等待各方面条件成熟后,再将其废止提上日程。这种见解我们并不完全认同,而是应将贪污贿赂犯罪作为非暴力剥夺生命犯罪对待,其死刑废除应尽快纳入立法议事日程。之后应逐步对严重暴力犯罪废除死刑适用,最终实现彻底废止死刑的理想。在此问题上,曾有学者提议,在目前完全废除死刑条件尚且不充分的前提下,可以在废止经济犯罪的死

[29] 参见魏东:“死刑政策的分析检讨”,载四川刑事辩护专家律师网,<http://www.cncdrc.com/Container.aspx?l=zh&c=bfclyj&id=780>。

刑后,对于大部分原本属于故意致命性的普通暴力犯罪,通过立法技术的调整,将其转以故意杀人罪论处,从而从立法技术的角度废止其死刑条款。易言之,就是凡是故意侵犯生命的犯罪情形,一律都按故意杀人罪论处,包括放火故意致死、爆炸故意致死、绑架故意致死和抢劫故意致死等,这一立法举措不仅可以彻底废止除故意杀人罪外所有其他致命暴力犯罪的死刑条款,而且也与许多国家废止、减少死刑之实际路径相吻合。^[30]

近期的死刑立法政策还包括死刑适用范围问题。2011年《刑法修正案八》对“老者免死”进行了规定,使我国死刑适用范围终于完整地体现了“怜幼恤老”的优良传统精神,虽留下了“但以特别残忍手段致人死亡的除外”这样的“尾巴”,但也不失为对于近几年学者呼吁的可喜的回应。但是对于精神病人等弱势群体的关注上仍可有进一步的空间。联合国经济与社会理事会《关于保障面临死刑的人的权利的措施》第3条规定:“对已患精神病者不得执行死刑。”联合国经济与社会理事会1989/64号决议通过的《对保障措施的补充规定》第3条规定:“在量刑或执行阶段停止对弱智人与精神严重不健全者适用死刑。”尽管我国在刑法第18条规定:“精神病人在不能辨认或者不能控制……不负刑事责任;……但是可以从轻或者减轻处罚。”表面上似乎从刑事责任上阻断精神病人处以死刑的可能性,但是,从近几年邱兴华案、郑民生案反映的情况来看,司法程序中对于精神病人的前置性确认程序就存在诸多缺陷。况且对于行为时心智健全的犯罪人被宣告死刑,出于精神极度恐惧而在临刑前突发精神疾病,或者间歇性精神病人在精神正常时犯罪被判处死刑,行刑前精神失常又当如何处理,立法和司法实践都未提供统一的参照标准。因此,我们认为,本着人道主义的精神和与国际司法惯例接轨的理念,应在立法上明确规定:对于心智健全的犯罪人,只要行刑前处于精神疾病的状态,就不应该执行死刑。

2. 死刑的司法政策

我们认为,严格意义的死刑司法政策是指法官在运用刑事立法规格(包括书面司法解释)去衡平死刑案件的过程中所应遵循的理念、原则、方针等。其中,要格外重视輿情民意对于死刑判决的影响。在稳定压倒一切的大环境下,民众的呼声可谓众多案件不成文的量刑参考条件。云南李昌奎案虽已随着最高人民法院核准执行死刑而尘埃落定,但给我们的启示却是深远的。云南省高级人民法院二审时在民众的质疑和指摘声中逆流而上,对李昌奎判以死刑缓期执行,力图通过司法个案树立死刑改革领域标杆和促进

[30] 参见赵秉志:“中国逐步废止死刑论纲”,载《法学》2005年第1期。

民众司法观念变革,最终却以戏剧性的再审改判落幕,反而为我国死刑司法改革制度留下落寞的一笔。李昌奎案这样戏剧化的逆转收场,也不能不说是各路舆情民意交互作用加之公众与药家鑫案攀比效应的结果。可见,在当今中国司法界,要求以法官为代表的司法部门秉持坚韧的法治勇气,不被民意所影响乃至裹挟,本来就不是一件简单的事。死刑作为最严厉的刑罚,而司法运作本身又作为死刑改革最前沿的阵地,倘若法官不能在三角诉讼架构中保持中立,所带来的负面作用显然要高于一般刑事案件。因此,我们认为有必要结合我国国情尝试一些新的制度设计,比如:在死刑案件中准许检察官和辩护律师共同参与有关人民法院审委会会议,并准许检察官和辩护律师在会议上作针对性的发言和论证(但是不得参与表决);在终审判决作出前,仅允许媒体就案件的事实层面以及程序进程作客观报道,严格禁止作相应的法律与道义评价,更不容许对审理结果作预断,等等。对于既已作出的终审司法裁判,可以从法律角度展开讨论,但禁止对案件是否牵涉幕后因素及司法腐败作出没有根据的臆断,否则将依法追究相应责任。争取做到公民的知情权、新闻界的报道权应当与公正的司法裁量权的统合和平衡。^[31]

此外,死刑的核准程序也是死刑司法政策的重要方面。尽管自2007年以来最高人民法院就收回了死刑复核权,新刑事诉讼法生效后复核方式也有了较大的开放性,但是现阶段最高人民法院的死刑复核程序仍有许多不完善的地方。最高人民法院的死刑复核程序是对死刑立即执行的案件进行控制的最后一道防线,在现代的司法系统中具有“刀下留人”的重要意义,因此这一程序中,更要强化法律监督、多方参与以保证死刑的公正慎重适用。最高人民检察院在2012年已成立专门的死刑复核监察厅,可以以更加丰富立体的角度,介入这一较为封闭的程序,发挥监督职能。但是不得不说,现行的死刑案件无论是从死刑复核的启动方式、审理模式还是从裁判的执行来看,都未给检察机关进行监督留有太多的空间和途径,而且一些程序性的障碍也会使得检察院在对死刑复核程序行使监督权时略显被动。^[32]此外,最高人民法院院长签发执行死刑的命令后,7日内死刑犯就被交付执行,间隔的时间非常短暂,影响了死刑犯在生命结束前最后关卡寻求法律救济的有效性,因而,将死刑犯交付执行的时间延长至最高人民法院院长签发执行死刑的命令10日以后、30日以内执行,这都是死刑复核程序这一死刑执行

[31] 参见魏东:“死刑政策的分析检讨”,载四川刑事辩护专家律师网, <http://www.cncdrc.com/Container.aspx?l=zh&c=bfclj&d=780>。

[32] 参见王涵:“死刑复核——不能单靠最高法”,载《民主与法制时报》2013年3月4日。