



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2010年 第1卷 [总第17卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

中国国家决策在死刑存废问题上的实际角色和应有作用

——以国家决策与民意之关系为视角的分析 周国良

死刑观察：全球视野与中国立场 彭新林

刑法解释方法位阶之质疑与思考 周德金

论刑罚裁量中的行为等比性

——观念引入和问题论证 赵书

2009年十大刑事案件简要评析 吴宗宪 朱涛

结果加重犯之犯罪既遂、未遂 徐光华

论诈骗罪中的财产处分行为

——以全国首例利用银行结算系统时间差诈骗银行案为视角 王昭振

关公战秦琼：《刑法》VS取款行为

——从许霆案切入 熊建明



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2010年 第1卷 [总第17卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2010 年. 第 1 卷: 总第 17 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2010. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1021 - 2

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914. 04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 142185 号

刑法评论 2010 年第 1 卷(总第 17 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.25 字数 326 千

印次 2010 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1021 - 2

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2010 年第 1 卷(总第 17 卷)

顾问 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员(以姓氏音序为序)

陈兴良 陈泽宪 黄京平 贾宇 柯良栋

郎胜 李洁 李希慧 刘宪权 莫洪宪

曲新久 张军 朱孝清

主编 赵秉志

副主编 张军 陈兴良

主编助理 刘志伟

执行编辑 王俊平

编辑 王俊平 刘科 郭理蓉(英文)

死刑专论

中国国家决策在死刑存废问题上的实际角色和应有作用 ——以国家决策与民意之关系为视角的分析 / 周国良	1
死刑观察:全球视野与中国立场 / 彭新林	37
死缓变更的思考 / 张继钢	64

专题论坛

刑法解释方法位阶之质疑与思考 / 周德金	78
论刑罚裁量中的行为等比性 ——观念引入和问题论证 / 赵书鸿	95
中国和美国的非监禁刑比较研究 / 陈 超	107
渎职罪轻刑现象基本问题研究 / 魏颖华	127

立法研究

偷渡犯罪的立法完善及新型偷渡犯罪的刑法因应 / 汤海军	141
-----------------------------	-----

司法实务

2009年十大刑事案件简要评析 / 吴宗宪 朱 涛	169
结果加重犯之犯罪既遂、未遂 / 徐光华	195
侵犯计算机软件著作权犯罪的若干问题探讨 / 潘永涓	219
论诈骗罪中的财产处分行为 ——以全国首例利用银行结算系统时间差 诈骗银行案为视角 / 王昭振	252

关公战秦琼:《刑法》VS 取款行为

——从许霆案切入 / 熊建明

270

域外法治

被劫飞机:可被击落否? / 塔吉扬娜·柯乐著 丁灵敏 译

297

英美刑法对受虐妇女的保护 / 杨清惠

325

动态与信息

国际化背景下知识产权的刑事法保护

——第三届当代刑法国际论坛会议综述 / 刘 炯

336

中国区际刑事司法协助:从个案到制度

——第二届中国区际刑事法论坛综述 / 黄晓亮

342

中国法学会刑法学研究会会长赵秉志教授率团

赴台湾开展学术交流合作 / 程 实

347

死刑专论

●中国国家决策在死刑存废问题上的实际角色和应有作用

——以国家决策与民意之关系为视角的分析

周国良*

一、前言

如果说近几年我国刑法研究领域有所谓热点的话,那么,死刑存废问题无疑是热点中的热点。当废除死刑运动在世界范围内风起云涌,超过半数的国家已经加入到废除死刑的行列之时,作为每年判处和执行死刑数量最多的国家,是保留还是废除死刑也已经成为中国所必须认真面对的问题。在死刑存废问题上,虽然我国持立即废除死刑这种激进主张的刑法学者并不多,但很明显,中国应当在将来废除死刑已经成为我国刑法学界的主流观点。^①而综观目前世界上已经废除死刑的国家,可以发现,所有这些国家死刑之废除均是在多数国民仍然支持死刑的情况下通过国家决策的方式达成的。有理由认为,如果我国将来真的会废除死刑,大概也会走与目前已经废除死刑的国家同样的道路,即在多数国民仍然支持

* 海关总署反走私侦查局干部,法学博士。

① 参见胡云腾:《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第304页;陈兴良:“死刑存废之应然与实然”,载《法学》2003年第4期;高铭喧:“略谈我国的死刑立法及其发展趋势”,载赵秉志主编:《中国废止死刑之路探索——以现阶段非暴力犯罪废止死刑为视角》,中国人民公安大学出版社2004年版,第18~20页;赵秉志:“中国逐步废除死刑论纲”,载《法学》2005年第1期;刘仁文:“死刑政策:全球视野与中国视角”,载《比较法研究》2004年第4期。

死刑的情况下通过国家决策的方式废除死刑。甚至可以毫不夸张地说,如何看待和处理国家决策与死刑民意两者的关系,将对我国未来能否废除死刑具有决定性的意义。因此,死刑存废中的国家决策与民意两者的关系问题,应当成为我国刑法学界将来研究的一个重点。

死刑存废中的国家决策与民意之关系是一个大而复杂的课题,涉及的问题很多。笔者在本文中不可能也无意对此问题进行全面讨论,而仅对笔者认为我国刑法学界在此问题上研究尚有欠深入的一个方面,即中国死刑存废问题中国家决策与民意的互动关系予以探讨。具体而言,本文将对如下问题进行讨论:中国国家决策层对于死刑存废的立场究竟怎样?这种官方立场与死刑存废的主流民意两者间的关系如何?中国国家决策层在死刑问题上的相关决策对死刑存废的民意有着怎样的实际影响?如果国家决策层应担当起引导民意、促进死刑废除的历史重任,则中国国家决策层应当从哪几个方面着手进行努力?在本文的最后,笔者还将就中国将来通过国家决策废除死刑的可能前景提出设想。

二、死刑存废问题上中国国家决策与民意的实然关系

(一)死刑存废问题上中国国家决策层的立场

目前已经进行的有关我国死刑问题的所有民意调查结果都显示我国大多数民众仍然比较强烈地支持死刑。从目前已经废除死刑的各国的经验来看,这些国家均是在多数国民仍然支持死刑的情况下通过立法等国家决策的方式废除死刑的。虽然不能绝对排除废除死刑以前多数国民转而赞同废除死刑的可能性,但根据经验来看,这种可能性是很小的。所以,就我国而言,如果我国将来真的会废除死刑,恐怕也会走与目前已经废除死刑的国家大致相同的道路,即在多数国民仍然支持死刑的情况下通过国家决策的方式废除死刑。

既然将废除死刑的希望寄托于国家决策层,那么,首先需要弄清楚的一个问题是,中国的国家决策层在死刑存废问题上究竟持怎样的立场?

自1949年中华人民共和国成立以来,中国的国家决策层在死刑价值和死刑存废问题上的立场基本上是一脉相承的,并没有出现明显的断裂。从时间上大体可以分三个阶段来解读中国国家决策层对死刑存废问题的态度。

第一阶段,大致从中华人民共和国成立前后到20世纪70年代末。

这一阶段在政治上一般称为“毛泽东时代”,此一阶段中,毛泽东作为第一代党和国家决策层的领导核心,对死刑问题进行了较多的论述。

中华人民共和国成立初期,在对所谓“匪首、恶霸、特务”等破坏新政权的敌对活动进行镇压的过程中,毛泽东非常肯定地评价了一些地方处死一批匪首、恶霸、特务的行动。毛泽东说:“我认为这个处置是很必要的。只有如此,才能使敌焰下降,民气大伸。”“要坚决杀掉一切应杀的反动分子(不应杀者,当然不杀)。”毛泽东还强调说,镇压反革命分子要打得准、打得狠、打得稳,“打得狠就是要坚决地杀掉一切应杀的反动分子”。^①

在1951年开展的“三反”、“五反”运动中,毛泽东指出:“应把反贪污、反浪费、反官僚主义的斗争看做如同镇压反革命的斗争一样的重要,一样的发动广大群众包括民主党派及社会各界人士去进行,一样的大张旗鼓去进行,一样的首长负责,亲自动手,号召坦白和检举。轻者批评教育,重者撤职、惩办。判处徒刑(劳动改造),直至枪毙一批最严重的贪污犯,才能解决问题。”^②

在政权初步稳定、国家开始进入建设时期之时,毛泽东认为尽管可以少杀,但他同时明确主张死刑不能废除。他认为,经过镇反和肃反运动,“应当肯定,还有反革命,但是已经大为减少”。“今后社会上的镇反,要少捉少杀,但是,我们还不能宣布一个不杀,不能废除死刑。”“对于有血债或其他最严重的罪行非杀不足以平民愤者和最严重地损害国家利益者,必须坚决地判处死刑,并迅即执行。”^③

在死刑问题上,毛泽东在主张坚决杀掉一批所谓反动分子的同时,也发表了不少言论,涉及对死刑慎重使用的问题。例如,在1948年2月15日《新解放区土地改革要点》这一文件中,毛泽东说:“反动分子必须镇压,但是必须严禁乱杀,杀人越少越好。”“主张多杀乱杀的意见是错误的,它只会使我党丧失同情,脱离群众,陷于孤立。”他多次强调说,“必须坚持

① 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第42页。

② 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第54页。

③ 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第281页。

少杀,严禁乱杀”。^①在解放战争时期,毛泽东也多次指出:“对于农村中的反革命,亦只杀那些非杀不能平民愤者,凡人民不要杀的一律不杀。”“应明确地规定:凡介在可捕可不捕之间的人一定不要捕,如果捕了就是犯错误;凡介在可杀可不杀之间的人一定不要杀,如果杀了就是犯错误。”^②在死刑的适用方面,毛泽东还提出要确立死缓制度。1951年,毛泽东在《镇压反革命必须实行党的群众路线》一文中指出:“对于罪大恶极、民愤甚深非杀不足以平民愤者必须处死,以平民愤。只对那些民愤不深,人民并不要求处死,但又犯有死罪者,方可判处死刑,缓期二年执行,强迫劳动,以观后效。”^③

毛泽东关于死刑制度的最为有名的话,恐怕是下面这一段:“不可以错杀人。一颗脑袋落地,历史证明是接不起来的,也不像韭菜那样,割了一次还可以长起来,割错了,想改正错误也没有办法。”^④

我们应当如何看待毛泽东时代我国国家决策层对死刑的态度呢?对于毛泽东的上述论述,我国刑法学界乃至官方都将其概括为“杀人要少,但是绝不废除死刑”和“必须坚持少杀、慎杀”的死刑思想,而且据称我国的司法实践长期以来也一直以这种死刑思想作为理论上的指导。^⑤但是,笔者认为,从1949年到20世纪70年代末我国国家决策层对死刑的真实态度和国家事实上执行的死刑政策究竟如何,恐怕还不能简单地从毛泽东上述有关死刑的文字中得出可靠的结论。单纯从文字上看,毛泽东确实多次强调了要“少捕少杀”、“严禁乱杀,杀人越少越好”,而且,毛泽东还提倡通过死缓控制杀人的数量。但是,对于这一时期我国国家决策层对死刑的真实态度和事实上执行的死刑政策,还必须从这一时期我国死刑的实践情况特别是这一时期实际判处和执行死刑的情况和数量来进行判断。由于死刑数字在我国属于国家机密,我们无从获知这一时期实际被判处和执行死刑的具体人数。不过,有历史学者的研究表明,在20世

① 《毛泽东选集》(第4卷),人民出版社1991年版,第1227页。

② 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第40~44页。

③ 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第40~45页。

④ 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第281页。

⑤ 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第73页;赵秉志:“毛泽东死刑思想研究——以‘慎刑’思想为理论底蕴”,载《法学家》2001年第4期;肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社1996年版,第230~231页。

纪50年代初的“镇压反革命运动”中,死刑判决和执行权被下放到县一级政府,各地错杀滥杀的问题非常严重。^①也有资料显示,毛泽东在20世纪50年代中期时曾承认至当时为止被人民法庭判处死刑的人数已经达数十万之多。^②在20世纪50年代中期至20世纪70年代后期的二十多年中,中国经历了多次的政治运动特别是文化大革命的十年浩劫,这期间并没有证据显示国家在死刑政策方面有什么实质上的变动。因此,如果上述数字是确实的,那么有理由推测从1949年中华人民共和国成立到20世纪70年代后期这一阶段中国在司法实践中并没有真正贯彻所谓“少杀、慎杀”的死刑政策,而是大量适用了死刑。至少,在缺乏相关资料和具体统计数据的情况下,仅凭当时国家领导人的只言片语就判定这一时期我国国家决策层对死刑的真实态度,应当说其根据是相当不充分的。^③

无论如何,这一时期我国国家决策层在死刑存废问题上的态度还是相当明朗的,即“绝不废除死刑”。从这一点来看,我国当时的国家决策层对保留死刑的态度是相当坚定的。

第二阶段,大概从20世纪80年代初到20世纪90年代后期。

毛泽东时代结束以后,关于我国国家决策层在死刑问题上的立场,我们可以从作为第二代领导核心的邓小平的有关论述及这一时期我国死刑立法的膨胀和死刑适用程序的松弛中明显地看出。

1983年,针对当时社会治安状况的恶化,邓小平曾说道:“刑事案件、恶性案件大幅度增加,这种情况很不得人心。几年了,这股风不但没有压下去,反而发展了。原因在哪里?主要是下不了手,对犯罪分子打击不

① 参见孙利荣、王骞:“1912—2009中国死刑变迁史”,载《凤凰周刊》2009年第19期。

② See Peter Hodgkinson and Andrew Rutherford (eds.), *Capital Punishment: Global Issues and Prospects*, The Waterside Press, 1996, p. 112.

③ 在此方面,还有一点也是值得注意的。中国官方尤其是学术界之所以在谈论死刑政策问题时喜欢频频引用毛泽东有关死刑的言词来佐证自己所持立场的合理性,似乎更多地不是基于事实和逻辑且并不十分在意毛泽东的有关言词与当时中国的死刑政策实践是否相符,而是出于一种政治策略上的考虑,即利用毛泽东作为政治人物的特殊的地位和权威来达到某种通过单纯的理论论证所难以达成的影响现行政策的效果。See Virgil K. Y. Ho, *What Is Wrong with Capital Punishment? - Official and Unofficial Attitudes Toward Capital Punishment in Modern and Contemporary China*, in Austin Sarat and Christian Boulanger (eds.), *The Cultural Lives of Capital Punishment Comparative Perspectives*, Stanford University Press, 2005, pp. 275 - 276.

6 刑法评论(2010年第1卷)(总第17卷)

严、不快,判得很轻。对经济犯罪活动是这样,对抢劫、杀人等犯罪活动也是这样……对严重刑事犯罪分子,包括杀人犯、抢劫犯、流氓犯罪团伙分子、教唆犯、在劳改劳教中继续传授犯罪技术的惯犯,以及人贩子、老鸨儿等,必须坚决逮捕、判刑,组织劳动改造,给予严厉的法律制裁。必须依法杀一批,有些要长期关起来。还要不断地打击,冒出一批抓一批。不然的话,犯罪的人无所畏惧,十年二十年也解决不了问题……”^①

邓小平在1986年初又曾较详细地谈到死刑问题,他说:“死刑不能废除,有些罪犯就是要判死刑。我最近看了一些材料,屡教屡犯的多得很,劳改几年放出来以后继续犯罪,而且更熟练、更会对付公安机关了。对这样的累犯为什么不依法杀一些?还有贩卖妇女、儿童,搞反动会道门活动,屡教不改的,为什么不依法从重判处。当然,杀人要慎重,但总要杀一些……对严重的经济犯罪、刑事犯罪,总要依法杀一些。现在总的表现是手软。判死刑也是一种必不可少的教育手段。现在一般只是杀那些犯杀人罪的人,其他的严重犯罪活动呢?广东卖淫犯罪那么严重,为什么不严惩几个最恶劣的?老鸨,抓了几次不改,一律依法从重判处。经济犯罪特别严重的,使国家损失几百万、上千万的国家工作人员,为什么不可以按刑法规定判处死刑?1952年杀了两个人,一个刘青山,一个张子善,起了很大的作用。现在只杀两个起不了那么大了,要多杀几个,这才能真正表现我们的决心。”^②

从死刑立法和司法实践的层面来看,1979年刑法颁布后的一个时期,我国的死刑立法急剧膨胀,死刑适用的程序性限制被大大弱化。据统计,自1981年至1995年间,我国最高立法机关先后制定的25部单行刑法中,规定有死刑罪名或对某些犯罪补充死刑法定刑的就有18部之多,使得我国刑事立法中可处死刑的犯罪由原来1979年刑法典规定的28种猛增到70余种。在死刑的复核程序方面,本来我国1979年刑法典和刑事诉讼法都规定死刑复核权一律由最高人民法院行使。但1981年6月19日全国人大常委会颁布的《关于死刑案件核准问题的决定》中规定,1981年至1983年内,犯杀人、抢劫、强奸、爆炸等罪行,由省、自治区、直辖市高级人

^① 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第33~34页。

^② 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第152~153页。

民法院终审判决死刑的,或者由中级人民法院一审判决死刑、被告不上诉的,都不必报最高人民法院核准。为将这一限时特别法的规定延续下去,1983年全国人大常委会通过修改《中华人民共和国法院组织法》,规定因杀人、强奸、抢劫、爆炸等严重危害公共安全和社会治安而判处死刑的案件的核准权,最高人民法院在必要的时候得授权省、自治区、直辖市高级人民法院行使和军事法院行使。其后,最高人民法院通过发布司法文件将若干种犯罪的死刑复核权下放给了云南、广东、广西、四川、甘肃等省区。^①

可以说,此一阶段,我国的死刑立法和死刑适用都呈现出不断扩张的态势。从邓小平以上关于死刑的论述以及这一时期我国死刑立法的膨胀和死刑适用程序的松弛,可以清楚看出这一阶段我国国家决策层出于维持社会秩序、维护社会稳定的目的而对死刑的特别倚重。尤其是这一阶段发起的所谓“严打”活动中对死刑的大量适用,表明国家决策层对死刑的威慑效果持有相当肯定甚至于迷信的态度。

第三阶段,从20世纪90年代后期至今。

这一阶段与前两个阶段有所不同,国家核心领导层成员不像第一代领导核心毛泽东及第二代领导核心邓小平那样比较多地对死刑问题进行直接而公开的论述。不过,我们还是可以从官方机构有关死刑的若干言词中对这一时期我国国家决策层在死刑存废问题上的态度予以解读。

例如,1997年3月6日在八届全国人大五次会议上,全国人大常委会副委员长王汉斌在《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明》中指出:“考虑到目前社会治安的形势严峻,经济犯罪的情况严重,还不具备减少死刑的条件。”因此,“这次修订,对现行法律规定的死刑,原则上不减少也不增加”。^②

由时任司法部长、后担任最高人民法院院长的肖扬主编的《中国刑事政策和策略问题》一书在谈及死刑问题时提出:“为了达到刑罚的根本目的和直接目的,尚不能废弃死刑。这是以马克思主义关于死刑的基本观念为指导,结合犯罪及与犯罪斗争的状况和实际需要必然得出的结论和

① 参见赵秉志、肖中华:“死刑的限制与扩张之争”,载《法学》1998年第10期。

② 参见赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第96页。

明智的选择,也是完成我国刑法任务的需要。死刑对一般预防也有重大影响,适用死刑对社会上的不稳定分子和法律观念薄弱的人具有强大的震慑和警戒作用。”^①

2005年3月14日,国务院总理温家宝在全国人大十届三次会议记者招待会上回答德国商报记者关于死刑问题的提问时说:“中国正在着手进行司法体制的改革,包括上收死刑复核权到最高人民法院。出于我们的国情,我们不能够取消死刑。世界上一半以上的国家还都有死刑制度,但是我们将用制度来保证死刑判决的慎重和公正。”^②在2007年8月2日的一次记者招待会上,中国共产党纪律检查委员会的一位发言人也曾说道:“中国保留死刑是基于中国的国情和文化背景。没有什么可指责的。”^③

2008年3月,最高人民法院审判委员会专职委员黄尔梅大法官在一次两会访谈中谈到,我国现阶段正处在发展时期,是刑事犯罪高发期,其中严重暴力犯罪、经济犯罪和职务犯罪居高不下。我国死刑制度已有四千多年历史,死刑已深深地植根于国民的意识中,民意调查表明,各界仍普遍赞成对上述犯罪使用死刑。90%的公众要求对罪行极其严重的经济犯罪和非暴力犯罪适用死刑。对这些犯罪,死刑也具有最大的威慑力,并且最有利于预防犯罪的发生。目前中国废除死刑还没有具备这个条件,在相当一个时期内也不具备这个条件。^④

2009年4月由国务院新闻办公室发布的《国家人权行动计划(2009—2010年)》中在谈及死刑问题时,也只是提出中国将“严格控制并慎用死刑”及“严格死刑审判程序,完善死刑复核程序”,并未对在中国废除死刑这一问题给出任何正面回应。^⑤

以上关于死刑的官方言论可以从多方面说明,目前我国国家决策层

① 参见肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社1996年版,第230~231页。

② 载 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-03/14/content_2696724.htm, 2009年3月17日访问。

③ See Roger Hood and Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective (Fourth Edition)*, Oxford University Press, 2008, p. 102.

④ 载 http://news.xinhuanet.com/legal/2008-03/07/content_7738334.htm, 2009年3月4日访问。

⑤ 载 http://www.gov.cn/jrzq/2009-04/13/content_1283983_3.htm, 2009年4月17日访问。

在死刑存废问题上仍持保留死刑的态度。而且,近几年我国学界进行的有关逐步废除死刑的讨论并未得到国家决策层的回应,即使是部分学者提出的首先废除非暴力犯罪之死刑规定的建议,也还没有引起我国国家决策层的共鸣。这也从另一个侧面说明了我国领导层对死刑存废问题的态度。

尽管多年来我国官方和学术界都宣称在将来某个时间待条件成熟时中国将废除死刑,但事实上死刑一直针对很大范围内的诸多犯罪被广泛地适用着,即使在我国学者声称中国的犯罪率在世界诸国中处于最低水平之列时也是如此。^① 因此,仅从官方就死刑问题发表的言词去判断我国官方对死刑存废的真实立场,恐怕是不可靠的。从对上述三个阶段我国国家决策层之死刑存废态度的具体考察,可以看出,我国的国家决策层长期以来一贯持保留死刑的态度,这种保留死刑甚至倚重死刑的立场一直没有动摇过。特别是在经济高速发展、社会急剧变动的当代,我国的国家决策层更为倾向于运用包括死刑在内的严厉的刑法制度来维持社会秩序、保证政治稳定和实现社会控制。^② 虽然从历史上来看,早在1922年6月《中国共产党关于时局的主张》中,当时还不是执政党的中国共产党就曾提出过废除死刑的设想。^③ 取得执政地位后,在1956年9月举行的中共八大上,时任中共中央副主席的刘少奇代表中共中央又曾提出过“逐步废除死刑”的构想。^④ 不过,在此之后,中国几代党和国家领导层再也没有正式提出过废除死刑的思想,实践中也没有作出过废除死刑的规划和尝试。^⑤ 即使是1922年和1956年两次提出的废除死刑的设想,也并没有证据显示曾经有过将这种设想真正付诸实施的具体规划。1922年中国共

① See Roger Hood and Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (Fourth Edition), Oxford University Press, 2008, p. 98.

② See Peter Hodgkinson, *The People's Republic of China*, in Peter Hodgkinson and Andrew Rutherford (eds.), *Capital Punishment: Global Issues and Prospects*, The Waterside Press, 1996, p. 105; Roger Hood and Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (Fourth Edition), Oxford University Press, 2008, p. 42.

③ 参见缪文升:“死刑的存与废:从毛泽东到邓小平的理论探索与解读”,载《毛泽东思想研究》2006年第2期。

④ 转引自卢建平:“从政策上控制死刑”,载《人民检察》2006年第9期(上)。

⑤ 参见王东阳:《中国死刑观念及其变革》,中国人民大学2007年博士论文,第105页。

10
刑法评论2010年第1卷(总第17卷)

产党刚刚建立,尚不是执政党,因此根本没有可能对国家废除死刑这一问题进行具体考虑。而关于1956年中共八大上提出的逐步废除死刑的构想,也没有任何证据表明当时的国家决策层曾经认真考虑过将这一构想付诸实施。因此,这两次废除死刑的构想恐怕也不过徒具宣言的意义而已。

(二)死刑存废问题上国家决策与民意的实然关系

1. 死刑民意对国家决策之影响

从上文对1949年中华人民共和国成立以来各个时期我国国家决策层就死刑问题所公开发表的言词中,很容易注意到我国国家决策层在死刑问题上对民意的强调。例如,毛泽东在有关死刑问题的论述中多次强调了“民愤”这一因素:“对于农村中的反革命,亦只杀那些非杀不能平民愤者,凡人民不要杀的一律不杀。”“社会上的反革命因为是老百姓的直接冤家,老百姓恨透了,所以少数人还是要杀。”^①“对于罪大恶极、民愤甚深非杀不足以平民愤者必须处死,以平民愤。”邓小平在20世纪80年代两次集中谈及死刑问题时也特别突出了“人心”因素:“刑事案件、恶性案件大幅度增加,这种情况很不得人心。”“现在是非常状态,必须依法从重从快集中打击,严才能治住。搞得不疼不痒,不得人心。”^②在20世纪80年代初第一次“严打”开始前,中共中央21号文件在阐述“严打”的必要性时,专门提到了对于“重大、恶性案件的首要分子”打击不力,使得“目前群众意见最大”。而在2001年第三次“严打”开展前,中央高层再次将“广大人民群众의强烈愿望”作为实施“严打”的重要动因。^③2008年两会期间最高人民法院黄尔梅大法官在谈及我国保留死刑的理由时对民意高度支持死刑这一因素的强调,也明显反映出目前我国国家决策层在死刑存废问题上对民意的重视。此外,2005年3月温家宝总理谈及我国保留死刑的原因时所说的“我国的国情”,应该也包含着民意对死刑的强烈支持这一因素。

事实上,我国国家决策层对民意的这种重视和强调并不仅限于死刑问题。1949年以来,借重民意就一直是我国统治高层的基本政治取向。

① 《毛泽东选集》(第5卷),人民出版社1977年版,第281页。

② 《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第33~34页。

③ 参见莫晓宇:“民意的刑事政策分析:一种双向考量后的扬弃”,载《甘肃政法学院学报》2007年第3期。

毛泽东时期所广泛推行的群众路线,即当然地包含了民意的成分。作为第二代党和国家领导核心的邓小平也继续强调“群众路线和群众观点是我们的传家宝”,^①其中的“群众观点”很大程度上就是指民意。^②进入21世纪后,随着中国民主政治进程的推进,民意在国家决策层的正式话语中已被明确表征,进而被作为决策机制中的必备元素。例如,在中共中央第十六次代表大会中谈及“改革和完善决策机制”时,明确提出:“要完善深入了解民情、充分反映民意、广泛集中民智、切实珍惜民力的决策机制,推进决策科学化民主化。各级决策机关都要完善重大决策的规则和程序,建立社情民意反映制度,建立与群众利益密切相关的重大事项社会公示制度和社会听证制度,完善专家咨询制度,实行决策的论证制和责任制,防止决策的随意性。”^③民意受我国国家决策层之重视程度由此可见一斑。

那么,从我国国家决策层在死刑问题上对民意的强调,是否可以认为我国国家决策层之所以反对废除死刑乃是主要基于对民意的考虑呢?笔者认为,如果认真检视各时期我国国家决策层就死刑问题所作的阐释,对这一问题只能得出否定的结论。

容易注意到,前述从毛泽东到邓小平再到现在几代国家决策层在谈论死刑问题时除强调民意外,也都将预防犯罪、维护社会秩序作为保留和适用死刑的根据。例如,毛泽东在谈及“三反”、“五反”运动中对腐败犯罪的治理时,认为“直至枪毙一批最严重的贪污犯,才能解决问题”。邓小平在20世纪80年代初谈及如何扭转恶化的社会治安状况时强调:“必须依法杀一批,有些要长期关起来。还要不断地打击,冒出一批抓一批。不然的话,犯罪的人无所畏惧,十年二十年也解决不了问题。”在谈到对严重经济犯罪的遏制时,邓小平又说道:“1952年杀了两个人,一个刘青山,一个张子善,起了很大的作用。现在只杀两个起不了那么大作用了,要多杀几个,这才能真正表现我们的决心。”1997年王汉斌副委员长在解释新刑

① 《邓小平文选》,人民出版社1994年版,第368页。

② 参见莫晓宇:“民意的刑事政策分析:一种双向考量后的扬弃”,载《甘肃政法学院学报》2007年第3期。

③ 载 <http://www.people.com.cn/GB/42410/42468/3111989.html>, 2009年3月17日访问。