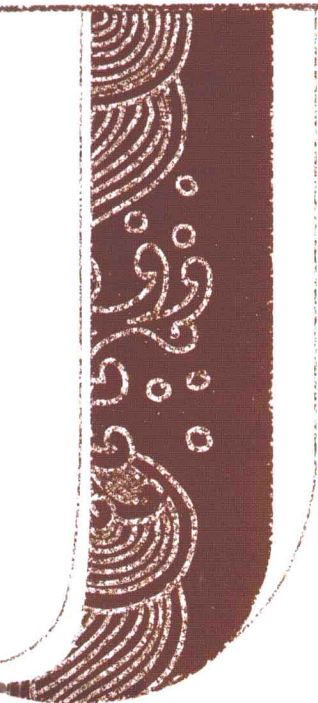


西南科技大学法学文丛

主编：廖斌

何显兵 / 著



死缓

制度研究

Sihuan Zhidu
Yanjiu

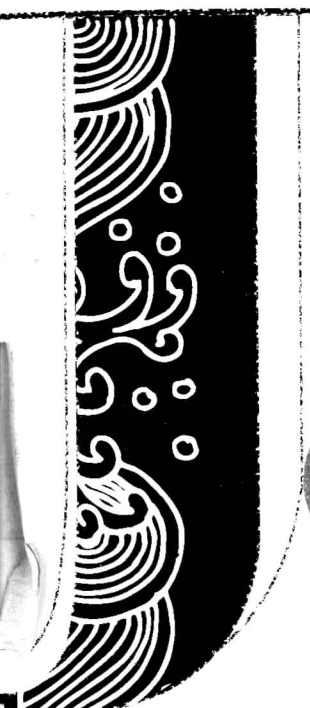


中国政法大学出版社

西南科技大学法学文丛

主编：廖斌

何显兵 / 著



死缓

制度研究

Sihuan Zhidu
Yanjiu



中国政法大学出版社

2013 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

死缓制度研究 / 何显兵著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1
ISBN 978-7-5620-4627-1

I. ①死… II. ①何… III. ①死缓-制度-研究-中国 IV. ①D924. 124

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第014922号

- 书 名 死缓制度研究 SIHUAN ZHIDU YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 10.625印张 275千字
- 版 本 2013年2月第1版 2013年2月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4627-1/D·4587
- 定 价 36.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

总 序

西南科技大学法学院

蜀山俊秀、涪水含章，西南科技大学法学院位于大禹之乡、李白故里、两院院士云集的中国科技城——四川省绵阳市。西南科技大学法学院开办高等法学教育的时间很短，从1996年开办法学本科专业到2001年正式成立法学院，她在勤奋而默默地追赶着兄弟法学院校。发展到现在，本法学院已拥有法学学科硕士点、法律专业硕士点，并拥有一个四川省级哲学社会科学重点研究基地——四川省犯罪防控研究中心，本法学院也被四川省委宣传部和省社科联授予首批“四川省哲学社会科学普及基地——社会法制教育普及基地”。十余年间，本法学院也为全国各行各业培养了数千名高级法律专业人才。近五年来本法学院众多年轻的教师在各研究领域也日渐活跃，在西部尤其是四川省高校法学研究领域影响力渐增，有多人获得国家社科基金、申请到教育部项目，有一位教师获得全国“五一劳动奖章”、有一位教师获得教育部“新世纪优秀人才”。

尽管地处西部，但本法学院党政领导坚持学术立院和教育质量立院的理念却从未懈怠过，本学院积极探索卓越法律人才培养的方式，大胆改革，在法学本科教育和法律硕士教育中逐渐摸索出具有西部地方高校特色的教育模式。本学院通过各种渠道广交学术之友，先后与中国人民大学、北京大学、中国政法大学、清华大学、加拿大劳伦丁大学、加拿大警察学院、美国太平洋大学、日本中央大学、法属圭亚那大学、中国台湾地

区“中央警察大学”、东吴大学（台湾）、俄罗斯圣彼得堡大学等数十所境内外高校建立了学术交流关系与法学教育合作关系。本学院与北京市法学会、中国犯罪学研究会、四川省刑法学研究会、四川省民商经济法研究会合作举办了多项国际国内学术研讨会，逐步在区域范围内获得了较高的学术和社会影响力。

坐西南而北望。本法学院虽地处西部，但本法学院的教师们既有中国西部的情怀，也有追求国际国内前沿热点的学术眼光。本学院紧紧抓住国家扶持发展西部高等教育的机遇，积极推动青年教师开展具有西部特色的法学研究，并坚持资助院内教师将其完成的优秀的法学研究成果出版成书，以提升法学院对我国西部地区社会经济发展中的作用，并扩大其在法学研究领域的社会影响力，实现教学相长。近年来，本法学院教师先后出版了《监禁刑现代化研究》、《死刑的适用及其价值取向》、《社区建设与犯罪防控》、《社区刑罚研究》、《民事缺席审判制度研究》、《清代四川地区刑事司法制度研究——以巴县司法档案为例》等高质量的学术著作数十部，受到法学界的关注。但我们清醒地认识到，本法学院还有众多教师优秀的科研成果因为各种原因未能面世，这制约了本学院学术和社会影响力的提升。有鉴于此，本学院决定与中国政法大学出版社合作，共同推出“西南科技大学法学文丛”。

“文丛”不片面强调数量，不以大干快上式的出版大批学术著作，来谋求眼球效应；“文丛”强调精品意识，坚持严格的学术遴选标准，成熟一部出版一部，宁缺勿滥。为确保“文丛”的质量，学院聘请了关心法学院发展，同时又具有较高学术声誉的学者组成编委会，对每一部申请资助出版的学术著作实行独立、匿名的学术审查。

人类文明薪火相传，绵延不息。在这知识爆炸、学术也讲究跑马圈地的时代，“文丛”的推出或许对整个中国的法学研究来说，仅仅是大海里的一滴水，但不管这水滴有多小，它也将

是纯净的水滴，法学研究的汪洋也将因为这一滴水而略有丰富。感谢社会各界对西南科技大学法学院的关注，感谢社会各界对“文丛”的关注。“文丛”的每一本书，也都将接受学术界、实务界同仁的审视与指正，对此，我们虚心的接受一切批评意见，有则改之、无则加勉。

是为序。

廖 斌

于涪江之畔

2012 年 11 月 19 日

序

何显兵是我的首届博士生，在我的指导下，他先后在中国政法大学完成了刑法学硕士、博士的学业。在读硕士期间，他就表现出学术研究的良好潜质，至今已经出版学术专著五部。如今，他在博士论文的基础上历经三年修改完成的《死缓制度研究》即将付梓，邀我作序，欣然应允。

三百年来，人道主义都是刑罚改革的基本指导理念。在这一理念指导下，刑罚万能论逐渐受到排斥，死刑逐渐被大多数国家废除或者实际废除。自上世纪 90 年代以来，我国学术界对死刑的批判愈趋严厉，死刑存废之争成为 21 世纪初炙手可热的学术话题。但由于各种原因，事实上死刑难以尽快在中国废除，讨论的结果，死刑限制论成为主流观点。死缓制度是国刑法的独创，也是限制死刑（立即执行）的最重要的刑罚制度。但是，死缓制度的研究并没有得到学术界的足够重视，关于死缓制度的学术专著只有零星几部，在这样的背景下，何显兵博士的研究更显示出其学术眼光的敏锐性。在我看来，《死缓制度研究》一书在以下问题上取得了重要突破：

第一，明确了死缓的本质。长期以来，死缓制度的本质都存在争论，导致死缓制度的研究难以深入。何显兵博士认为，从死缓的历史起源、制定目的来看，死缓的本质就是广义上的缓刑，即“有条件地暂缓原判决的执行”，将死缓的本质理解为缓刑，有利于解决死缓适用标准的问题。死缓的适用标准不再

存在自相矛盾的逻辑，即死刑的适用标准是“罪行极其严重”，包括客观的社会危害性极其严重和主观的人身危险性极其严重；死刑立即执行和死缓的适用标准的区分更加注重人身危险性——当客观的社会危害性已经极其严重但是人身危险性尚未达致最严重的境地，则适用死缓。

第二，研究了死缓适用的价值取向。死缓不是独立的刑种，必须以死刑为前提；讨论死缓适用的价值取向，必须首先讨论死刑适用的价值取向。刑罚的适用标准，受制于刑罚的价值体系和刑罚的追求目标。刑法的终极价值在于追求自由，基本价值在于保障秩序。要实现刑法的价值，刑罚就必须以正义和人道为其价值目标。死刑必须在正义观和人道观的审视下最为谨慎地适用。正义是死刑最基本的价值取向，也是我国死刑仍然得以存在的最为坚实的价值根据。死刑还必须接受人道价值的检阅，其适用不得严重违反社会大众的基本道德感。死缓的适用，尤其要重视人道价值的制约。

第三，明确了死缓适用的实体标准。死缓适用的前提是“应当判处死刑”，以刑罚的价值体系为指导，死刑适用的基本价值目标是正义。以正义为指导，死刑适用的标准有两条：（1）适用于有预谋地杀害无过错的被害人的案件；（2）与前述案件的性质在价值上相当的案件。死缓适用的核心标准是“不是必须立即执行死刑”，他转换思路，从正面界定“必须执行死刑”的范围，凡是不属于“必须执行死刑”的，都属于“不是必须立即执行死刑”。判断“必须立即执行死刑”的内涵，必须以人道价值观作为基本的价值准则。“留有余地判处死缓”的适用范围应当受到最为严格的限制。同时，何显兵博士独到地指出，死缓限制减刑制度应当理解为死刑立即执行的替代措施，从而最大可能的减少死刑立即执行的适用。

第四，提出将恢复性司法理念引入死缓适用的标准。引入恢复性司法的核心在于，赋予被害人（家属）对法院判处死刑

立即执行的否定权。对于传统的暴力犯罪，完全可以在达成恢复性方案的基础上赋予被害人对法院判决死刑立即执行的否定权。国家固然不可能通过惩罚来培养宽恕与仁爱，但是拒绝被害人的宽恕与仁爱也绝不应当是国家的理性选择。刑罚行使这种否定权的前提，是穷尽其他量刑情节判处被告人死刑立即执行仍然完全符合等量正义观；如果根据其他量刑情节可以不判处死刑立即执行，就谈不上被害人的这种否定权。

当然，本书仍然有一些值得商榷之处，对死刑立即执行、死刑缓期执行、死缓限制减刑、无期徒刑四者的适用标准的界限阐述得不够清晰，有待进一步完善。何显兵博士著述颇丰，又长期担任兼职律师，对司法实践的了解较为深入，同时善于从犯罪学、刑事执行法学等规范刑法学之外的角度来审视规范刑法学的问题。祝愿他在学术研究的道路上取得更大的成绩。

王 平

2013年1月9日于法大

目 录

· 1 ·

总 序	1
序	4
引 言	1
一、选题的意义	1
二、选题的研究现状与研究文献	11
三、本书的写作思路	14
第一章 死缓的发展史及其概念	17
第一节 死缓的起源与发展	17
一、死缓制度起源的争论	17
二、死缓制度在我国的发展历程	27
小 结	33
第二节 死缓的概念	35
一、死缓的本质	36
二、死缓的概念	47
小 结	50
第二章 死缓适用的价值体系	52
第一节 刑法的价值体系	52
一、和谐内涵的解读	53
二、刑法的价值构造：维护秩序和保障自由	56
三、刑罚的价值构造：正义与人道	64

小 结	71
第二节 死缓适用的价值取向	72
一、正义：死刑适用的基本价值取向	72
二、人道：死缓适用的基本价值取向	89
小 结	101
第三章 死缓适用的实体标准	103
第一节 死缓适用标准之一：应当判处死刑	103
一、设置死刑的基本标准	103
二、死刑适用的基本标准	109
三、死刑适用标准的具体把握	123
小 结	135
第二节 死缓适用的标准之二：不是必须立即执行死刑	136
一、理解“不是必须立即执行”的思路	137
二、对学界提出的部分死缓适用情节的质疑与批驳	141
三、对留有余地适用死缓的讨论	148
四、“必须立即执行死刑”的正面界定	154
五、死缓限制减刑制度为极其严格地限制死刑立即执行的适用提供了制度条件	167
小 结	173
第三节 死缓适用典型案例研究	174
一、问题的缘起	175
二、正义价值对死刑立即执行适用标准的约束	178
三、人道对死刑立即执行适用标准的约束	180
四、“公众妖魔”对死刑立即执行适用标准的	

扭曲	183
第四章 死缓适用的新标准：被害人的宽恕	
——死刑案件中的刑事和解	187
第一节 刑事和解的异化及其出路	187
一、刑事和解的异化	188
二、对刑事和解的误读	192
三、刑事和解与恢复性司法的契合	198
四、以恢复性司法重新诠释刑事和解	203
五、恢复性司法视野下赔偿与量刑关系的重构 ...	207
六、如何在恢复性司法的视野下对赔偿与量刑的 关系进行重构	213
第二节 死刑案件审理引入恢复性司法的可行性与 必要性	218
一、国家垄断刑罚权的缺陷	218
二、赋予被害人死刑立即执行否定权的可行性 ...	225
小 结	233
第三节 恢复性司法引入死刑案件程序的方案设计 ...	233
一、死刑案件中被害人宽恕的法律效果	234
二、恢复性司法的适用范围	237
三、恢复性司法的参加者	239
四、恢复性司法的适用条件	242
五、恢复性司法的适用阶段	245
六、恢复性司法的适用程序	251
七、恢复性司法的法律效果	252
小 结	253

第五章 死缓适用的变更	255
第一节 死缓变更为死刑立即执行	255
一、决定执行死刑的条件	256
二、死缓依法被变更为死刑立即执行是否必须在二 年缓期期满以后才能进行	264
小 结	270
第二节 死刑缓期执行减为无期徒刑、有期徒刑	271
一、死缓减为无期徒刑	272
二、死缓减为有期徒刑	277
三、对于在死缓期间既有故意犯罪又有重大立功 表现的犯罪分子如何处理	281
小 结	290
代结论 死缓制度改革与完善的基本路径	291
一、死刑存废之争语境下死缓制度的价值凸显 ——对所谓“死缓废除论”的批判	291
二、学界提出的死缓制度改革方案述评	296
三、笔者的立场：改革与完善死缓制度的基本 方案	302
参考文献	307
后 记	324
后记补遗	327

引 言

——死刑存废之争日趋激烈背景下的现实选择

一、选题的意义

选择死缓制度作为博士论文的题目，不是笔者的心血来潮，而是对以往研究的一个继续。2006年9月我考入中国政法大学攻读刑法学的博士学位，一个偶然的机会，接到一个命题作文“死刑的适用及其价值取向”。我用了一年半的时间，才把这个题目基本上做出来，但这并没有结束我对死刑的学习与研究，反而还有意犹未尽的感觉。于是，我选择了“死缓制度研究”作为我的博士论文题目，这主要是基于如下考虑：

（一）死缓是死刑存废之争日趋激烈背景下的现实选择

近些年来，媒体披露出不少令人心惊的冤案：湖北的余祥林因“杀妻”而入狱，不料11年后“亡妻”重现；辽宁的李化伟因“杀妻”而被定罪，不料蒙冤14年后“真凶”落网；云南学生孙万刚因“杀害女友”而蒙冤8年，最终被无罪释放……这些被蒙冤的人是不幸的，但是他们好像也还是“幸运”的，因为虽然含冤入狱，但毕竟与死神擦肩而过。最为不幸的应该是那些已经被执行死刑多年后又因“真凶落网”、“被害人重现”才沉冤昭雪的人们，姗姗来迟的正义对早已含冤而死的聂树斌、滕兴善等人来说，已经没有任何实际的意义。在这样的舆论背景下，不少卓有见识的学者大儒们开始系统性地反思死刑，提出应改革死刑甚至应废除死刑；这种极端的主张又引起死刑支持论者的反对，他们纷纷提出反驳意见，一时间，死刑存废之争使得学界，乃至整个舆论界都硝烟弥漫，乱象纷呈。然而，学界的死刑存废之争，往往诉诸于西方贤达们的“先进

理论”，而难以为“俗人”所完全理解，于是乎，“精英意识”重出江湖，“民意”也被“精英”们提出各种理论予以鄙弃。^{〔1〕}

实际上，死刑废除论本身也陷入了艰难的理论窘境。具体说来，表现如下：^{〔2〕}

1. 以刑罚进化论来证明死刑应当废除是一个方法论上的谬误。一方面，刑罚进化论本身就是一个颇为含糊的论点。另一方面，就算刑罚进化论是一个非常睿智的观点，刑罚进化论也仅仅是对历史规律的概括，它并没有指明在什么时间、什么情况下刑罚将要发生变化。

2. 以所谓“国际潮流”来论证死刑应当废除仍然是一个方法论上的谬误。有学者宣称，废除死刑已经成为世界性的潮流，任何国家都将不可避免地受到这股文明的冲刷和洗礼。^{〔3〕}但是，这种观点存在如下疑问：首先，废除死刑已经成为世界性的潮流这个判断本身就不一定正确，考察废除死刑的国家，我们甚至可以说，废除死刑，是欧洲文明的潮流或者基督教文明的潮流，而欧洲文明的潮流并不能代表世界性潮流。其次，有些学者可能会认为，欧洲文明代表了世界文明发展的方向，我们也将不可避免地受到这种文明的影响。但是，毕竟目前中国的文

〔1〕 我的博士论文完成于2009年5月，当时笔者就敏锐地感受到，即使是死刑限制论，这样一个关涉重大的问题，在学术界和实务界一定会出现某种反复。2011年的药家鑫案、李昌奎案在网络舆论上激起的强烈反弹，令司法机关权威扫地，令学术界的学者对网络舆论噤若寒蝉。报复的声音如此强烈，以至于理性的讨论已经失去可以存在的空间。再也没有任何学者敢于公开对“民意”或者“网络民意”表示可以不予理睬，民粹主义的惩罚观念似乎占据了网络舆论的主流地位，以至于连官方都只能给予肯定、并积极回应。但是，这种民粹主义的惩罚观念，在理论上和实践上都是十分危险的，下文将对此予以展开论述。

〔2〕 更为详细的论证，请参见何显兵：《死刑的适用及其价值取向》，中国人民公安大学出版社2008年版，第56~69页。

〔3〕 参见贾宇主编：《死刑研究》，法律出版社2006年版，第23~25页。

明仍然具有高度的独立性，中国的绝大多数人民还没有接受欧洲文明的所有思想观念包括死刑观念，在这种情况下，立即宣称死刑应当废除是不适当的。欧洲文明潮流再先进，也得等我们普通民众能够接受这些观念的时候，作为人类文明之一的死刑才会受到影响并逐渐发生变化乃至最后消除。邓正来教授曾经指出，就是要打破那种认为现代化只有西方一条路可走的“西方中心主义”的思维方式，打破那种把西方所具有的地方性经验放大为普遍的真理或理想图景，进而要求其民族、其余国家、其余文明在发展的过程中接受西方现代化理论及这种理论所支撑的西方现代化范式。^{〔1〕}

3. 从报应论出发，也难以成功论证死刑应当废除。要彻底论证死刑的不正当性，死刑废除论者就必须从刑罚的根据上进行论证。国内学者从报应论的角度出发论证死刑废除的合理性，基本上都没有取得成功。有学者并不否定报应论本身，认为刑罚主要的正当性根据就是报应；但是该学者同时认为，报应本身并不必然要求死刑，因为报应讲的是罪刑相适应，重罪重刑、轻罪轻刑，只要符合罪刑相当的价值均衡关系，就实现了报应。这种观点的典型代表是邱兴隆教授。^{〔2〕}这种论证看起来合理，但实际上存在很大的局限：依据报应主义的哲学、法学传统，报应主义应当包含对谋杀犯处以死刑的内在规诫。还有些同志发出疑问：难道害害相加真的能够产生正义吗？之所以发出这种疑问，乃是他们不懂得正义的本质的缘故。正义，本来的含义就是等利害交换：对利己行为报以利他行为；对害己行为报以害他行为。等害交换之所以重要而且必要，是因为其意味着：如果一个人损害社会和别人，那么他也会受到同样的伤害。所以，等害交换能够使得人们避免互相伤害，赋予社会和人们以

〔1〕 参见邓正来：“中国法学的批判与建构”，载《政法论坛》2006年第1期。

〔2〕 参见邱兴隆主编：《死刑的德性》，中国检察出版社2001年版，第5~7页。

安全,有利于社会发展和人际交往,因而符合道德目的,是道德的、善的。^[1]所以,正义本身就是通过害害相加来获得社会利益,而不是直接产生利益。

4. 从功利论出发,也难以成功论证死刑应当废除。应当说,从功利论出发来探讨死刑应当废除是死刑废除论发展的最为成熟的一个方面。但是,即便如此,从功利论出发的死刑废除论仍然陷于其自身的理论困境不能自拔:一方面,刑罚的首要根据不是功利论,而是报应论,功利的追求应当在报应的制约下进行。^[2]因此,单纯以功利论为出发点来讨论应当废除死刑,其立论基点就存在重大疑问。其次,即使从功利论出发,也得不出死刑不具有威慑力的结论,因而也很难以此为由废除死刑。自菲利以来,不少学者热衷于对死刑的威慑力进行实证的研究。他们往往将死刑的适用与当时的犯罪率相联系,以犯罪统计学的资料来考察两者是否具有相关性。但是,犯罪统计学的实证研究得出的结论往往似是而非,就连美国的一位学者自己的研究也前后矛盾。实际上,死刑是否具有威慑力的实证研究往往是一种概率统计,其研究结论与相关考察因素的选择具有密切关系。从我们的经验来看,死刑还是具有威慑力的,如果统计一下,不怕死的人大概只占很小的比例。一些学者认为,死刑对那些缺乏后果判断能力、被非理性情绪统治的罪犯基本上没有什么威慑力。^[3]这个判断本身并没有错误,但是错误的是,该判断不能得出死刑没有威慑力的结论。原因何在?死刑的锋芒并非仅仅针对极少数罪犯,而是针对所有的社会民众:只有极少数人犯罪而不是绝大多数人犯罪,这本身就说明包括死刑在内的刑罚体系具有强大的威慑力!

[1] 参见王海明:《新伦理学》,商务印书馆2002年版,第305页。

[2] 参见何显兵:《社区刑罚研究》,群众出版社2005年版,第55~58页。

[3] 参见贾宇主编:《死刑研究》,法律出版社2006年版,第17~22页。