

论我国应实行逐步废除死刑政策

——张文教授讲座文字稿

张 文

名家讲坛

时 间:2016年5月22日下午

地 点:东南大学法学院模拟法庭

题 目:论我国应实行逐步废除死刑政策

讲 座 人:张 文 北京大学法学院教授

主 持:周少华 东南大学法学院教授

文字整理:东南大学法学院 2015 级博士研究生倪震

周少华教授:张文教授是北京大学法学院教授、博士生导师,是我国非常著名的刑法学者,他是人格刑法学在中国的倡导者,出版了《刑法因果关系论》《刑事责任要义》《人格刑法导论》《十问死刑》等等一系列的学术著作。在《中国法学》《法学研究》等重要的法学刊物上发表了大量的学术论文。可以说,他为中国刑法学理论的发展作出了非常重要的贡献。前几天我正好也拜读了张文老师的一篇非常长的论文,叫《“刑事法律人”模式与刑事法律科学研究》,这篇文章也是贯彻了他人格刑法学的一贯主张,认为应当将有犯罪危险的犯罪人作为刑事法律人新模式以及刑事各学科的共同研究对象,以此来推动刑事法律科学研究的一体化。我们从这些最新的成果就可以看到张老师虽然已经退休多年,但是他的思想仍是非常敏锐,提出了这样非常具有前沿性的理论,我也是感到非常钦佩。当然,张文老师还培养了许多优秀的学生。尤其是对东南大学法学院有一个重要的贡献,就是我们刘艳红院长就是张文老师指导的博士生。后面要作报告的杜宇教授也是张文教授指导的博士生。张老师今天要给大家作的报告的题目是《论我国应实行逐步废除死刑政策》,死刑问题应该说是中国刑法学者持续关注的一个问题,当然主要还是因为我国刑法当中死刑罪名还相对较多,实践当中判处死刑的数量也是相对比较多的。所以说,我们持续地关注这个问题也是有重要的背景在里面。我相信从张文教授的报告当中我们一定能够得到丰富的信息。那么,下面大家就以热烈的掌声欢迎张老师为大家作报告。

张文教授:各位老师、各位同学,大家下午好。刚才周老师对我的介绍有些过誉了。在刑法学领域,我是研究了多年,也没搞出什么名堂。今天到这里来参加博士论文答辩,刘院长让我顺便作个报告。我这是第三次来东南大学法学院,我觉得东南大学法学院发展很快,现在已经是人才济济,集聚了国内法学研究的优秀人才。现在东南大学已成为长三角乃至全国一个重要的学术力量。我也预祝东南大学法学院越办越好。

我今天讲座的题目是《论我国应实行逐步废除死刑政策》，之所以讲这个题目，是因为现在国内对是否要废除死刑有各种不同的意见。归纳起来，可以分为保留死刑与废除死刑两大类。主张保留死刑的有两种：一是，认为我国应该保留死刑，对于故意致人重伤、死亡的极端严重暴力犯罪和故意实施的极端严重危害国家安全的犯罪应当保留死刑；二是，认为我国应该保留死刑但是要严格控制、逐步减少死刑适用。主张废除死刑的有两种：一是认为我国应该立即全部废除死刑；二是认为我国应该严格限制死刑，直至最后废除死刑。我认为，我国应当把逐步废除死刑作为今后相当长时期的刑事政策。所谓逐步废除死刑，是指以废除死刑为宗旨，有计划地逐步在立法层面减少死刑罪名，在司法实践中实行少杀直至判处死刑而事实上不杀等的重要举措，达到新中国成立 100 周年完全废除死刑最终目标的政策。

一、实行逐步废除死刑政策的必要性

第一，实现中国共产党奋斗目标的需要

在中国共产党取得全国政权之前，1922 年 6 月 15 日中国共产党中央执行委员会在《中国共产党对于时局的主张》第十部分，提出了取消列强特权；肃清军阀、没收军阀官僚财产、将他们的田地分给贫苦农民等 11 项奋斗目标，第 9 项是：“改良司法制度，废止死刑，实行废止肉刑。”可见，中国共产党在成立之初，就把废止死刑作为最低纲领的内容之一。1949 年中国共产党夺取全国政权，建立中华人民共和国。新中国成立之初，实行保留死刑，少杀、慎杀的死刑政策。1956 年，在中国共产党召开的第八次全国代表大会上，正式提出了逐步完全废除死刑的奋斗目标。刘少奇在代表党中央作的政治报告中指出：“党中央委员会认为，除极少数的罪犯由于罪大恶极，造成人民的公愤，不能不处死刑以外，对于其余一切罪犯都应当不处死刑，并且应当在他们服刑的期间给以完全人道主义的待遇。凡属需要处死刑的案件，应当一律归最高人民法院判决或核准。这样，我们就可以逐步地达到完全废除死刑的目的，而这是有利于我们的社会主义建设的。”

中国共产党将废除死刑作为奋斗目标，符合马克思的刑法思想。1853 年 2 月 9 日，马克思在《纽约每日论坛报》上发表题为《死刑——科布顿先生的小册子——英格兰银行的措施》的时评，鲜明地表达了他对死刑的否定态度。他说：“想找出一个原则，可以用来论证在以文明自负的社会里死刑是公正的或适宜的，那是很困难的，也许是根本不可能的。”因为，死刑是人类未开化时期实行的“以血还血、同态复仇”的延续，是把犯罪人作为威慑、恐吓其他人的手段，在文明社会里迟早会被丢进历史垃圾堆。

第二，我国死刑制度改革的现实需要

1. 履行国际公约的要求。1998 年 10 月 5 日，中国政府正式签署加入联合国《公民权利与政治权利国际公约》。该《公约》以废除死刑为终极目标，严格限制死刑适用。可以说，我国现行的死刑制度，无论是立法还是司法，同“公约”设定的死刑标准存在很大差距。为了完全履行“公约”，承担大国的国际义务，应当调整我国死刑政策，明确提出废除死刑的最终目标以及达到此目标的路径。

2. 区际司法协作、祖国统一的要求。就现在来说，中国由四地——大陆（内地）、香港、澳门、台湾组成，其中香港、澳门已经废除死刑，台湾正在“寻求社会共识，向废除死刑迈进”，有望不久将废除死刑，但是，作为中国本体的大陆（内地），不仅死刑罪名多，而且执行死刑人

数多。四地现存的死刑制度差距,不仅不利于地区间的刑事司法协助,也不利于促进祖国统一。弥合四地之间的死刑制度差距,非大陆实行废止死刑政策不可。

3. 实现宪法平等权利的要求。我认为,生命权平等是宪法平等权的首要之义,若生命权不平等,则其他权利平等的意义就大打折扣。当今,我国存在着适用死刑不平等情况。例如,港、澳罪犯无死刑,内地罪犯有死刑;引渡回来的外逃犯不适用死刑,而未逃亡犯可判处死刑;同是犯死罪的人,未被发现的经过20年不再追诉,而被逮捕的判处死刑;等等。这是有悖于宪法的公民权利平等和保障人权原则的。改变这种状况的唯一举措,是在我国宪法中规定保障生命权和逐步废止死刑条款。

第三,弘扬中国古代死刑思想精华的需要

纵观中国死刑史,存在两种路线:一是“以刑去刑”“杀一儆百”;二是“德主刑辅”“慎刑”“慎杀”。厉行后者的不乏其人、其事,最为典型的莫过于唐太宗李世民等人。李世民本着“仁本刑末”的治国理念,约法省刑,实行诸多举措。他主导制定的《贞观律》比隋律减少死刑92条;提出了死刑五覆奏制度;贞观四年全国判死刑合计29人,贞观六年纵死囚390人回家过年;贞观十六年下令把全国所有死囚流放到边疆,即事实上停止死刑执行。更值得一提的是,唐玄宗李隆基在天宝六年(公元747年)下诏:“大赦天下,除绞、斩刑,但决重杖。”《唐律》中刑罚分为5种:笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑,死刑分为绞刑和斩刑。李隆基除绞、斩刑,就是除死刑。后安史之乱而停止。有人认为,天宝六年可视为“中国废除死刑元年”。尽管对于此事件的评价有争论,但是无论如何,从法律规定上说,死刑在唐代曾经一度被重杖所取代。此后,宋太祖赵匡胤曾用“决杖、流放、刺面”三刑合一作为死刑的替代刑,如此等等。可见,早在意大利人贝卡里亚1764年提出废除死刑的1000年前,中国人就以其特有的方式尝试废止死刑,虽然没有最终取得成功,但是其具有原生性和中国特色的理念和举措,值得我们认真体悟,弘扬其精华,为当今世界废止死刑运动作出更大贡献。

第四,顺应世界废除死刑潮流的需要

第二次世界大战后,随着人权保障运动日益高涨,世界性的废止死刑进程不断加快,出现了不可逆的废止死刑的发展趋势。下列是粗略的统计:

1948年联合国61个成员国中,有14个废除死刑;1988年联合国180个成员国中,有52个废除死刑;2001年联合国86个成员国废除死刑(54个废除全部犯罪死刑,13个废除普通犯罪死刑,19个事实上废除死刑即10年内没有执行死刑);2009年联合国138个成员国废除死刑(95个完全废除死刑,8个废除普通犯罪死刑,35个事实上废除死刑);2014年,据国际特赦组织统计,废除死刑的国家有140个,保留死刑的国家有58个,全球有超过三分之二的国家废除死刑。

二战后废除死刑运动有以下特点:首先,废除死刑国数量剧增。从1948年到2014年66年间,废除死刑国由14个增加到140个,增长10倍。其次,废除死刑速度加快。从1948年到1988年,平均每年有0.95个国家废除死刑;从1989年到2014年,平均每年有3.5个国家废除死刑。再次,适用死刑慎重。大多数保留死刑国对死刑立法和司法持有慎重态度。据国际特赦组织统计,2014年全球58个保留死刑国中只有22个执行死刑;亚洲26个保留死刑国中只有9个执行死刑。

孙中山先生说过,世界潮流浩浩荡荡,顺之者昌,逆之者亡。废除死刑已成不可逆的世界大势,各国迟早都会走上废除死刑之路。根据国际经验,废除死刑一般经过几个阶段:首

先,减少法律上的死刑适用罪名,由普通刑事犯罪到危害国家、军事犯罪逐步减少;其次,引入替代法或系统的减刑,停止死刑执行,即事实上废止死刑;最后,最终在法律上废除死刑,确认事实上的死刑废止。但是,各国没有统一的废除死刑规则,有的国家如法国于1981年一步到位完全废除死刑。晚近,类似法国做法的国家愈来愈多。

我国由于社会现实和历史原因,废除死刑不可能一蹴而就,只能逐步进行。事实上,我国现在已经踏上了限制并最终废止死刑的艰难路程:1998年签署加入联合国1966年通过的《公民权利与政治权利国际公约》;2004年将“国家尊重和保障人权”条款载入宪法;2007年最高人民法院将下放20多年的死刑案件核准权收回,大幅度减少死刑执行人数;2011年全国人大常委会在《中华人民共和国刑法修正案(八)》中减少13个死刑适用罪名;2013年中共十八届三中全会在《关于全面深化改革若干重大问题的决定》中,正式提出“我国将逐步减少适用死刑罪名”从而把死刑制度作为全面改革的一项重要任务;2014年中共十八届四中全会在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中,重申“逐步减少适用死刑罪名”;2015年全国人大常委会在《中华人民共和国刑法修正案(九)》中减少9个死刑适用罪名。上述各项举措的最终目的,绝不是停留在“保留死刑”或者“严格限制死刑”上,而是奔向中国共产党完全废除死刑之目标。

二、为废除死刑申辩——与苏力教授商榷

当今,在我国逐步废除死刑有充分理由。从1764年贝卡里亚提出废除死刑以来,世界上死刑存废之争从未间断过,论战双方几乎已把自己所持理由言尽。但是,由于死刑关乎人的生死,不仅仅是个刑法问题,还是个社会问题、政治问题、文化问题、宗教问题、哲学问题等,因此在不同时代、不同国家或不同时期,它总是一个常新的话题,在我国也是如此。

2011年9月13日,苏力教授在《法制日报》上发表《俯下身,倾听沉默的大多数》(以下简称《倾听》)论文。这是一篇仅见的知名法学教授旗帜鲜明地为保留死刑论辩的文章,值得认真研读,展开讨论。苏力在文中说:“首先要正视死刑,而不能简单贬斥死刑。”因为死刑有生物基础、自然情感基础,也有社会基础,是民众“认定的天理”,“深深扎根于人们内心的复仇本能”。因此,苏力在论文中竭力地为死刑辩护,逐一批驳了废除死刑者提出的6点理由,阐述了如何面对死刑民意、同普通民众对话。苏力对于废除死刑理由的批驳,有些是有道理的。但是,他提出的许多保留死刑的理由,是很值得商榷的。如下述5个问题:

第一,废除死刑历史潮流是主观“信念”吗?

苏力在文中将废除死刑历史潮流之说作为批驳反对死刑论者的第一个问题。首先,他未作任何实证分析,就断然否认废除死刑历史潮流之存在,说:“没有谁真的能看到什么历史潮流,有没有这个潮流可能都是个问题。”其次,他认为所谓历史潮流是人们相信社会不断进步而构建的一个形而上的支撑,即人类将不断趋于完善,它只是主张废除死刑的法律人的一种“信念”。另外,他认为废除死刑历史潮流与废除死刑的另一个形而上的支撑或基础——自然法、普世价值、人权“自相矛盾”,因为后者是“永恒不变的,而不是不断发展完善的”,二者骨子里不相容。因此,他认为废除死刑论者“手中的底牌并不是什么历史潮流,而是他的信念或希望”。他指责反对死刑论者居高临下,把自己废除死刑的信念,仿佛像真理一样宣扬,“很容易令普通人反感”,事实上并没有多少人会相信。

很遗憾,在这里,苏力教授根本无视本文前述的二战后随着世界上废除死刑运动发展而逐渐形成的废除死刑的潮流。他在《法律与文学》一书中说,一些国家废除死刑只是人类社会漫长历史的“短暂的一瞬,究竟如何,我们还要看看”。在《倾听》中,他武断地否定废除死刑历史潮流之存在,将其说成是人们主观的一种“信念或希望”,将历史潮流这个客观论题转换为主观论题,曲解论题性质,偷换概念,进而指责反对死刑论者居高临下,把自己的信念作为真理。这是转换论题式的诡辩,以此作为否认废除死刑历史潮流存在的理由,完全没有说服力。其次,且不论人权概念及其保障措施是不断发展变化的,还是“永恒不变”的,仅就废除死刑历史潮流与人权保障关系而言,正是二战后人权保障运动的发展、国际人权公约的制定,推动了世界废除死刑潮流的形成和发展,二者互为表里,相得益彰。苏力关于二者相矛盾、不兼容的论断,同二战以后废除死刑运动的客观事实不相符合。关于废除死刑潮流问题,令人难以理喻的是,苏力为什么要竭力否定废除死刑潮流的客观存在?这绝不是他的判断失误,而是与下述他把死刑看做是万古不易的“天理”有关。

第二,死刑是真理吗?

苏力在《倾听》中论证死刑的震慑力时,得出了令人惊异的死刑是“真理”的结论。他说:“人类之所以长期使用和保留死刑不可能只是前人错了;如果是错误,那也如尼采所言,它们也已在历史的焙烤中变得坚硬,因无法否认,也无法拒绝而成为此刻的真理了。”苏力这话让人不由得想起“存在即合理”和“谎言重复一千遍就是真理”的说法,苏力不过是换一种带有历史哲理的说辞,论证保留死刑的合理性,并且将死刑上升为“真理”罢了。令人不解的是,苏力反对废除死刑论者引证名人言辞作为论据,而自己为什么却引证尼采的言辞来论证死刑是“真理”呢?况且,难道苏力忘记了尼采在历史观上是“超人”哲学、“强力意志”说的鼓吹者吗?如果引用苏力在该文中对贝卡里亚的发问,那尼采“凭着什么就豁免了错误的判断,同真理站到了一起”按照唯物史观分析,死刑不是真理。首先,死刑是远古野蛮时代活人祭祀、血族复仇的延续,是寄生于文明社会的野物。苏力用人类长期适用死刑来论证死刑的合理性,是没有说服力的。其次,从犯罪原因、责任承担上说,死刑是社会、国家责任的转嫁,把死刑犯作为替罪羊。因为,犯罪是犯罪人人格与社会环境相互作用的产物。社会环境,包括犯罪行为发生时的具体环境,如时间、地点、犯罪工具、犯罪对象等,以及促成犯罪人人格形成的社会大环境,如社会的经济、政治、文化、教育、家庭、学校、职场环境等。现代犯罪学充分肯定,任何一个人犯罪都与社会环境、国家社会管理状况密切相关。因此,不仅犯罪人需要对犯罪后果承担相应的责任,社会和国家也应承担引发犯罪的责任和矫正犯罪人的责任。如果只令犯罪人承担犯罪责任,尤其是对犯罪人判处死刑,剥夺其生命,而社会和国家却连矫正犯罪人的责任都不承担的话,那不是转嫁社会、国家的责任,把犯罪人作为替罪羊,又是什么呢?死刑无公正、公平可言,是一种不公正或不适宜的刑罚,离社会真理相距十万八千里。

第三,死刑有威慑力吗?

死刑保留论者一般认为,死刑有很大的威慑力,如中国有“杀一儆百”之说,美国有执行一次死刑可以防止 156 起谋杀的研究。这是死刑保留论者的重要理由。但是,废除死刑论者的研究结果则相反,或者没有发现死刑威慑力的证据,或者没有死刑保留论者所说的那么大的威慑力。苏力在文中反对“死刑没有震慑犯罪的效果”之说。但是,他对死刑的威慑力持谨慎态度。他认为,死刑肯定不能震慑全部暴力犯罪,甚至许多非暴力犯罪,如贪腐犯罪。

但是,任何一种刑罚也都做不到这点。就算死刑不会减少暴力犯罪,其他刑罚也肯定不会减少,那也得不出废除死刑及所有刑罚的结论。因为,死刑在历史的焙烤中已成为此刻的真理了。

死刑威慑力是个难以证实或证伪的问题。马克思说过:“一般来说,刑罚应该是一种感化或恫吓的手段。可是,有什么权利利用惩罚一个人来感化或恫吓其他的人呢?况且历史和统计科学非常清楚地证明,利用刑罚来感化或恫吓世界就从来没有成功过。适得其反!”马克思这段话至少说明了两个道理:其一,人是目的,不是手段,不能把人仅仅作为手段利用,不能利用刑罚惩罚犯罪人来感化或恫吓其他人;其二,在人类历史上,没有利用死刑及其他刑罚遏制犯罪的成功范例,反之,失败的教训在中外皆有許多,例如中国秦王朝因用刑过度,二世而亡。如果死刑真能“杀一儆百”的话,那么在人间谋杀案件可能早就绝迹了,死刑也早就消亡了。因此,用死刑威慑力的理由为保留死刑辩护,是不能令人信服的。

第四,错杀不是废除死刑的理由吗?

苏力在文中认为,“死刑可能错杀人,为避免错杀,就应废除死刑”,这个理由是不成立的。其一,以错杀作为废除死刑的理由,是以点概面,不合逻辑,是诡辩。吃饭也会噎死人,是否人类应废除吃饭?其二,监禁刑更易出错,是否就应当废除监禁;失去自由同失去生命一样,在绝对意义上,都无法补偿。其三,“死刑可能出错”真正告诫的只是极为慎重地适用死刑,要铁证如山,不存在合乎情理的怀疑,而这一点在具体案件中是可以做到的,得不出废除死刑的结论。

苏力的上述三个论据都不能成立。其一,将国家在司法中错杀人与个人在吃饭时噎死这两个性质不同的事情进行对比,而得出错杀不是废除死刑的理由,这是诡辩论的机械类比手法,根本没有说服力。其二,将死刑与监禁刑、失去生命与失去自由同样看待,是似是而非。因为,人头落地不能接活,而失去的自由虽然无法完全补偿,但青山还在,仍有柴烧,有望新的自由生活。对于个人而言,生命与自由的价值根本不同,没有生命哪里还谈得上自由?由于死刑与其他刑种的性质不同,因此不能简单地比较。其三,“错杀”的真正告诫,并不是苏力所说的,只是要极为慎重地办理死刑案件,要铁证如山,不存在合理怀疑,而更为重要的告诫则是,敬重生命,最大限度地缩减直至废除死刑。由于人的认识能力有限,犯错误总是难免的,因此在办理具体案件时错杀总会发生,中外皆无例外;由于错杀的后果无法挽回,因此防止错杀是废除死刑的最重要理由。

第五,如何对待死刑民意?

在我国,“民意”是死刑保留论者手中的一张王牌,苏力教授也不例外。我们正在讨论的他的此篇论文的标题,就是《俯下身,倾听沉默的大多数》,民意是贯穿该文的主线。首先,他指责不少法律人存在一种居高临下的不平等态度,听不进、不尊重民众认定的天理,更糟糕的是,许多法律人也因此没有能力或不愿努力直接面对深深扎根于人们内心的复仇本能。其次,他认为面对汹汹民意和每个具体案件事实,即使反对死刑的法律人坚信自己恪守的是天理,首先也必须理解,顽固不化的民众心中恪守的也许同样是天理。法律人一定要能够在这个层面上同普通民众展开对话。在对话中,他认为诸如人权和普世价值这些都是唬人的,不可能让人买账;法律教义学分析或法律解释,也不能解决缺乏基本共识的死刑问题。再次,关于同民众对话的最终的结果,苏力在论文的结尾告知我们:“不管法律人喜欢不喜欢,我们从近年来的一些涉及死刑的案件中都已看到了,基本是普通民众,其直觉在引导着并大

致规定了法律的裁决。这是中国的普通刑法与民事法律实践和中国法律人必须面对的现实。”如果用一句话来概括苏力的告知,那就是涉及死刑的案件要“跟着普通民众的直觉走”。什么是普通民众的“直觉”呢?说穿了,就是“杀人偿命”或“杀人者死”。

苏力在文中关于死刑民意的有些说法,似乎是正确的,如应该以平等态度对待死刑民意、同普通民众进行平等对话交流等。但是,他的深意并非在此,实际上,他让我们把我国当前主张保留死刑的民意看做“天理”,并跟着这种民意的直觉走。这哪里是什么平等对话交流?

我认为,对待死刑,民意应当持三种态度:尊重民意、分析民意、引导民意。所谓尊重民意,是指应当以平等态度,认真倾听民众的死刑意见。死刑民意是死刑政治的合法性来源之一,无论是保留、限制,还是废止死刑,民意是重要的考虑因素之一。必须反对蔑视普通民众死刑意见的法律精英主义。苏力教授在文中对精英主义的警示是应当引起重视的。所谓分析民意,是指在认真倾听的同时,对民众的死刑意见予以梳理、区分。同其他民意一样,死刑民意也有两面性,即理智与情绪、意识与潜意识、理性与非理性、公正与偏私、正义与非正义交织在一起。因此,对死刑民意必须作认真、仔细地区分,大致可分为:保留死刑与废除死刑民意,或者就个案而言,判处死刑与不判处死刑民意;主流民意与非主流民意;有利于人权保障、社会和谐进步的民意与不利于人权保障、社会和谐进步的民意;等等。新中国成立后,我国政府几乎未举办过死刑的民意调查,没有官方的死刑民意统计数据。民间举办的死刑民意调查项目有别,方法各异,所获的数据五花八门,但是有一项则是大体相同的,即主流民意是保留死刑或判处死刑,尽管具体数据不完全一样。苏力在文中对死刑民意不作区分,只将主流的保留死刑作为我国死刑民意,而对废除死刑的非主流民意,则完全不予理会。他把深深扎根于人们内心的复仇本能,即“杀人偿命”的绝对报复观念,看做是万古不变的天理,是令人难以理解的。这不仅是认识的不全面,而且不利于死刑民意转变,不利于我国死刑制度改革。所谓引导民意,是指死刑民意可变,应加以正确引导。随着社会文明程度的提高,人的生命价值更加珍重,民众的死刑民意不可避免地会发生变化。这个过程不是完全自发的,国家、社会及法律人等,应当通过政策、法律、舆论宣传以及死刑知识普及等,引导死刑民意转变。当前,我国面临的极为重要的任务是确立逐步废除死刑的刑事政策,采取多种措施,如批准国际人权公约、继续消减死刑罪名、制定死刑裁判指南、公开判处及执行死刑的数字、完善被害人社会救助制度、普及全民的生命权和死刑知识等,推动民众增强人权意识、人道意识,转变“杀人偿命”“杀一儆百”观念,为逐步废除死刑创造条件。

但是,苏力教授却告诉我们,在与普通民众对话时不能讲人权和普世价值,也不能讲死刑的法律教义学分析。而应该讲什么,他没有明说。但是,他却告知了与民众对话的最终结果,即普通民众的直觉引导着并大致规定了法律的裁决。在这里,我们仿佛听见了与精英主义对立的平民主义或民粹主义,即主张在政治上迎合普通民众的意识形态,把平民化、大众化作为制度合法性最终来源。苏力不过是将其具体化,将普通民众保留死刑的民意作为我国死刑制度合法性的最终来源而已。细读苏力的论文,给人总的感觉是,苏力在死刑问题上,由反对精英主义走向了平民主义或民粹主义。

综观上述,苏力教授之所以竭力为死刑辩护,缘于他的报复刑观。苏力认为,刑法是人类生物性报复本能的产物,报复或复仇本能实际是刑法制度甚至是民事侵权制度的基础。他不太相信死刑会在地球上消失。将生物性报复或复仇情感作为刑法甚至民法的根基,是

一种绝对化的古典传统见解,已为近现代许多法学家所纠正。就死刑而言,即使承认远古时期的血族复仇习惯是死刑产生的渊源之一,那也得不出死刑是天理的结论。首先,原始社会的血族复仇是氏族成员的义务,以加害者的氏族为复仇对象,并不全是针对加害者本人。因此,以血还血的复仇与现代人理解的复仇是完全不同的概念。它不是我们所说的复仇的憎恨、愤怒、攻击性的发泄。即使是这样的,也是极少的。关于血族复仇的本性,德国学者布鲁谱·赖德尔认为,“以血复仇与追求正义无关”“以血复仇是个完整的替罪羊体系,即不是消除别人的罪责而是消除自己的罪责的方法”。后来,血族复仇被死刑所取代,与此同时,“替罪羊”的做法却被延续下来。死刑是改换形式的对“替罪羊”的需求。死刑意味着,犯罪人在补偿自己的罪过的同时,也要负责补偿社会的失策。犯罪人必须担负“替罪羊”的任务,在整个死刑问题中,这方面的任务要比补偿自己罪过还要重要。可见,死刑是极其不公正的刑罚,迟早会被文明社会所抛弃。其次,退一步说,即使承认死刑的起源同人的报复情感有关,那也不意味着死刑永存。因为,既不能把万物之灵的人类的情感与动植物生存竞争的本能相等同,也不能把人类情感看做千古不变。人类情感具有多样性和变动性。所谓多样性,是指人的情感丰富多彩,喜、怒、哀、乐多种多样并在外界的刺激下不断变换;所谓变动性,是指某种情感在时空作用下会发生变化。例如:一般来说,人的报复、复仇情感会随着时光流逝而减弱或消失,与其相对应的仁爱、宽容、怜悯情感会呈现出来。随着人类物质、文化生活丰富,文明程度提高,随着人的生命价值和人们的仁爱、宽容情感提升,那种“以血还血、以牙还牙”的复仇情感则会消减,废除死刑的时刻也随之来临。这不是苏力教授指责的居高临下的法律人对自己废除死刑的信念迷恋,而是正在全球三分之二以上国家发生的事情。

三、新中国成立 100 周年完全废除死刑之路径

从 1956 年中共八大提出完全废除死刑目标至今,已经过去 60 年,任务紧迫,时不我待。应当发动各界参加,抓紧制定我国废除死刑路线图。2021 年 7 月 1 日和 2049 年 10 月 1 日,是我国本世纪的两个重要时间节点,应该在废除死刑上有大的作为,即建党 100 周年宣布逐步完全废除死刑的路线图;新中国成立 100 周年宣告完全废除死刑目标完成,为实现中国梦大放异彩;废除死刑路线图的具体设想如下:

第一,2021 年 7 月之前,废除所有非暴力犯罪死刑,在中国共产党成立 100 周年之际,宣布新中国成立 100 周年完全废除死刑之目标及其路径。全国人大常委会在《刑法修正案(八)》《刑法修正案(九)》消减死刑罪名基础上,应本着先易后难、稳步推进原则,制定减少死刑罪名的规划。第一步是逐步废除所有非暴力犯罪死刑,在中国共产党成立 100 周年时完成,并向全世界宣告新中国成立 100 周年完全废除死刑的宏伟目标。废除非暴力犯罪死刑的主要理由是,罪与刑不相均衡。人的生命价值至高无上,不能用犯罪人的生命抵偿经济、财产、社会秩序等损害。对于贪污、受贿犯罪亦应取消死刑。这是因为,贪官们已经用不惧杀头“前腐后继”的事实证明死刑不能起到抑制贪腐犯罪的作用;引渡回国的贪官不判处死刑,而未逃往国外的贪官可判处死刑,不仅造成适用法律不平等,而且无异于是在鼓励贪官外逃;在司法中,事实上已经对贪腐犯罪不判处死刑立即执行,废除这类犯罪的死刑已是大势所趋。

第二,2030 年之前,除故意致人死亡的犯罪,如故意杀人、抢劫、强奸、绑架等外,对其他

暴力犯罪废除死刑,并将“死缓”作为所有判处死刑罪犯的必经执行程序。这是因为,改变我国民众中根深蒂固的“杀人偿命”观念需要时日,应在一段时间内保留故意杀人以及故意致人死亡的少数几种犯罪死刑。与此同时,为了最大限度地少杀人,充分发挥我国独创的“死缓”制度功能,应该放宽法律规定的适用死缓的条件和期限,将判处“死缓”增为执行死刑必经的前置程序。

第三,2040年之前,对所有判处死刑的罪犯停止执行死刑。“停止执行死刑”,意味着事实上废止死刑。与此同时,要大力推行“死刑赦免”“死刑替代刑”“被害人死亡社会救助”等制度,为新中国成立100周年前在法律上完全废除死刑创造充分条件。

第四,2049年10月新中国成立100周年之际,宣告我国完全废除死刑目标实现。

总之,废除死刑是实现伟大中国梦的一项重要内容。从现在起到2049年10月中国是这个世界上人口最多的国家,实行逐步废除死刑政策的伟大实践期。只要中国共产党和政府对于完全废除死刑的目标坚定不移,只要正确对待民意,积极引领民众前进,就一定能够实现新中国成立百年废除死刑的梦想!

以上就是我今天讲座的内容,一些想法不一定对,请你们批评指正。我这些年退休以后,实际上干了两件事,但是都没有完成,一个是继续搞人格刑法学,到现在还没有完全完成,还在思索阶段;另外一个就是死刑问题。我觉得刑法学者研究到最后有两种人、两条路:一是法律教义学,例如雅各布斯的“敌人刑法”,心是“越来越狠”;另一种人是走向了人道主义,像日本的团藤重光。我现在是不是走上了这条路,还说不准,但是我很敬佩走第二条路的人。总之,讲的不对之处欢迎大家批评。

周少华教授:张老师从逐步废除死刑政策的必要性、贯彻逐步废除死刑的基本理由以及逐步废除死刑的路线图这三个方面给大家一个清晰的描绘。不过从实践中看,废除死刑的路线图应该是最重要的地方。但我看来,最过瘾的是张老师对苏力教授的批判,一个北大教授批判另一个北大教授,而且批判得相当的透彻和犀利。我看今天机会难得,给大家两个提问的机会。

提问:张老师您好,我今天看了一本书,就是讨论死刑存在价值问题,就是关于国家死刑权的问题。洛克就认为,国家是没有执行死刑的权力的,我不知道这个问题对于研究死刑存废具有什么意义?

张文教授:我认为你抓住了问题的根本,我认为国家没有死刑权,要研究这个问题,必须要研究犯罪学,研究犯罪的原因。前些年,广东有一个保姆杀了几个人,实际上是她照看的老人被杀死了。有人说,这种人就该杀。我说,应该分析分析这个人为什么走上犯罪的道路,跟社会有没有关系。难道她是天生的?如果龙勃罗梭主张的“天生犯罪人”成立,那我主张杀。如果不是,是后天的,那么社会就有责任。你怎么能认为她个人犯罪而社会却完全不承担责任,而直接把她杀了呢?所以,我认为国家没有死刑权。

提问:张老师您好,我有一个问题,就是现在的人道主义观点,即生命相比较自由来说地位是不一样的,应该更珍视生命。如果将来社会的价值观发生了改变,就是认为自由比生命重要,就是说你判处我坐牢,那么我宁愿你判处我死刑也不愿坐牢而丧失自由。假如价值观变化到这样一个程度,那么对死刑存废还会有改变?

张文教授:你这个问题我无法预测。

提问:如果废除死刑,那么极端的犯罪人我们该如何处置呢?这种人只能判终身监禁,

但是的确会对社会有很大的危险性。而且对于被害人的家属,又怎么给他们一个交代呢?

张文教授:在我们国家“杀人偿命”是天经地义的,这个东西就是老百姓的价值观在变,刑法观在变,只不过是我們国家变化比较缓慢。前些年发生的一个德国人一家被杀案,按照我国刑法罪犯应该判处死刑,但是被害人家属却认为不应该判处死刑。这个完全就是价值观的问题,我们国家也应该这样引导。河北有一个案子,有一个人欠债被打死了,后来被害人的妈妈在法庭上请求法官不要判处打死人的人死刑,因为他也有妈妈。后来犯罪人妈妈感动地跪在地上感谢这个被害人的妈妈。可见,这种情况还是有的,值得提倡。

周少华教授:好了,今天就到此结束,请大家再以热烈的掌声感谢张文教授今天带来的精彩的讲座。

(责任编辑:杨志琼)

特色学科专论 (工程法、交通法、医事法)

激励法学视野下我国《献血法》的修改完善研究

刘长秋 陈晓燕

摘要 近年来,激励法学在法学研究中已开始被越来越多的学者发现并重视。立足于激励法学的视角,我国现行《献血法》存在着明显的献血激励制度缺失之不足。而从比较法学的角度来看,很多国家和地区都在本国无偿献血工作中采取各种激励措施。针对目前《献血法》显现出的不足,我国应当加强献血法制建设,修改并逐步完善现行《献血法》。

关键词 激励法学 《献血法》 修改

引言

自《中华人民共和国献血法》(以下简称《献血法》)于1998年10月实施至今,我国无偿献血事业已经取得了巨大成就,有力地保障了我国医疗临床用血的实际需求,促进了我国医学事业的进步。但另一方面,我国无偿献血事业在医学临床上也面临着诸多问题。近年来经常为媒体报道的“血荒”问题就是最有力的^①。就其原因来加以分析,“血荒”在我国的出现是多种因素共同促成的结果,而献血法律激励制度的欠缺就是其中最为关键的因素之一。数据表明,我国每年的采血量有3600吨,但与每年10%~15%的用血增速相比,矛盾日益突出,且我国仅为0.84%的献血率,与发达国家的4.54%甚至是中等收入国家的1.01%相比都有不小的差距。我们认为,这一现状与我国《献血法》中献血激励制度的欠缺有着直接关联。实际上,激励法作为一种法律制度或规范,在推进无偿献血方面有着特殊的作用,需要在《献血法》中受到应有的重视和强化。但遗憾的是,目前我国学术界还极少有人从激励法学的角度去探讨献血法的问题,甚至连对献血法一般性探讨的法学研究成果也还比较少见。基于以上认识,我们拟立足于激励法学之视角,对我国《献血法》的修改完善问题浅谈拙见!

基金项目:本文是2014年四川省医事卫生法研究中心重点项目“我国《献血法》修改的若干重大理论问题研究”[立项号:YF14-Z03]的阶段性研究成果。

作者简介:刘长秋,法学博士,上海社会科学院法学所研究员,山东省高校证据鉴识重点实验室兼职教授,国家人类基因组南方研究中心伦理委员会委员。陈晓燕,上海社会科学院法学所硕士研究生。

① 参见陈文腾、黄努胜:《略论激励法》,载《江西社会科学》1992年第6期。

一、激励法学及其核心理论阐释

从辞源学的角度上来说,激励法最初是作为一个管理学的概念出现的,其本意是指建立在对思想政治工作对象的关怀、体贴、尊重、信任、理解的基础上,以诚挚的感情、人情入理的分析、实事求是的科学态度,给予思想政治工作对象以启发和开导,调动内在的积极因素,促使其振奋精神,积极向上,努力进取。^① 伴随着国内法学研究的深入与细化,这一概念逐渐被人们引入法学研究领域,成为一个法学概念。作为一个法学概念,“激励法”曾经在不少学者的论著中都有提及,而倪正茂教授则是国内较为系统地阐释激励法原理的学者。在其《激励法学要言》一文乃至后来出版的《激励法学探析》(上海社会科学院出版社 2012 年版)一书中,倪正茂教授都立足于法的功能之角度,对激励法进行了比较详尽的阐释。他认为,依据法的功能作为标准,可以将法分为激励类法、惩戒类法和组织管理类法三大类。从法理上来说,法律作为社会关系的调节器,一方面具有惩治、强制功能,能够对违法、违德的行为进行惩罚;另一方面也具有激励和劝导功能,能够对合乎社会公益及法律倡导的行为进行激励。^② 据此,激励法的概念可以定义为“是对人的特定行为实施激励的法律”。^③ 而依照学术界对于法学概念的通说,“法学是以研究法和法律现象为对象的科学”;^④ 激励法学显然就应当被界定为“研究激励法律现象及其发展规律的法学学科”。

激励法学理论认为,激励法存在的必要性在于人的需要;换言之,人存在各种物质或精神利益方面的需要,而这些需求需要被满足,这种需求需要被满足的状况成为激励法存在的主要原因。从需求论的层面上,人的需要大体上可以分为四类:第一类为物质外在需要(如工资、奖金、福利等);第二类为社会性外在需要(如信任、尊重、认可、表扬、赏识等);第三类为过程导向的内在性需要(如机会及挑战性等);第四类则为结果导向的内在性需要(如成就感、自豪感、归属感等)。而激励法存在的必要性就在于它能够通过设置相应的激励制度与方法,满足人们特定的需要。从理论上讲,作为法律,激励法是针对“人”的特定行为而实施激励的。激励法所针对的“人”的行为而要实施激励的,不是一般行为,而是特定行为。这些特定行为,为具体激励法所规定。^⑤ 在传统的部门法如民法、行政法以及环境法等法律中,激励法都大量存在,只不过表现形式不尽相同,如有些法律侧重于权利激励,有些法律侧重于现实的物质激励,而有的法律则更侧重于精神激励,但无论采取激励的形式如何,满足被激励者特定的需要从而使其受到鼓励,是这类法律制度发挥作用的关键所在。“法律对个体行为的激励功能,就是通过法律激发个体合法行为的发生,使个体受到鼓励作出法律所要求和期望的行为,最终实现法律所设定的整个社会关系的模式系统的要求,取得预期的法律效果,造成理想的法律秩序。”^⑥ 当前,随着公民意识的逐步增强,公民参与社会生活的积极性与能力正在提高,在此背景下,对人的特定行为实施激励的法律就显得尤为重要,而激励

① 参见陈文腾、黄努胜:《略论激励法》,载《江西社会科学》1992 年第 6 期。

② 参见刘长秋:《〈上海市遗体捐献条例〉的修改完善研究》,载《上海医药》2013 年第 15 期。

③ 倪正茂:《激励法学要言》,载《东方法学》2009 年第 1 期。

④ 王天木:《什么是法学》,载《理论学刊》1986 年第 2 期。

⑤ 参见倪正茂:《激励法学要言》,载《东方法学》2009 年第 1 期。

⑥ 付子堂:《法律功能论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 68-69 页。

法学作为研究和探讨激励法之激励机理的法学学科显然就有了发挥作用的空间。正如倪正茂教授所指出的:“在社会主义法治国家建设的宏伟工程中,加强激励法学研究,加快激励法治建设,就是不可或缺的重要一环。”^①

二、激励法学视野下我国《献血法》之制度欠缺

从心理学的角度来说,任何人都有希望获得肯定、鼓励和奖赏的心理需求,这是人性的正常需求。而激励法的意义恰恰在于它能够利用一些激励性的调整方法,适应和满足人们的这种心理需求,从而激发人们从事特定法律行为的自觉性与热情。“激励性调整方法表明人们可以通过法律所允许的方式获得更多的利益,符合人有被他人尊重、肯定和自我实现需要的心理特点,有助于法律的实现……激励调整方法的目的在于鼓励、引导法律关系主体主动、积极地履行法定义务或道德义务,从而有利于社会秩序的稳定、物质财富的增长和社会道德风尚的提高。”^②作为以激励法律现象为研究对象的法学学科,激励法学的理论对于强化和丰富我国的法学研究乃至完善我国的法治建设无疑具有重要的推进意义。在生命法学研究以及生命法治方面,尤其是对于保障和救助人们生命健康有着直接影响的献血法律问题研究及相关法治建设方面,激励法学将提供一个非常独特及务实的视角。

(一) 我国《献血法》的由来

站在医学的角度上,血液是人体最重要的体液之一,是维持人生命与健康不可或缺的因素,在维持人的机体的正常功能中发挥着重要作用。具体而言,血液承担着运输的功能,它将从肺脏获取的氧和从肠道吸收的蛋白质、脂肪、糖及维生素等营养物质,运送至各器官、细胞,将腺体分泌的激素运送到相应的器官;同时,它又将细胞代谢产生的二氧化碳运送到肺脏排出体外,将尿素、肌酐和尿酸等代谢终产物运送到肾脏等排泄器官排出体外。不仅如此,血液还承担着防御和保护功能、缓冲功能、调节渗透功能以及维持体温相对稳定功能。^③一旦人失血过多或血液供应不足,就会直接危及人的健康乃至生命安全。正因为如此,血液成为当代医学发展不可或缺的重要医疗资源。而在当前人造血液技术尚不成熟、人造血液还无法取代人体血液且价格昂贵的背景下,医疗临床用血只能靠献血来加以解决。如何保障血液供应,成为各国医学临床上最值得关注和解决的问题之一。自输血技术出现以来,各国就一直通过政策与法律解决临床医疗用血来源问题,并在历史上先后经历了由有偿献血最终向无偿献血模式的演变。在国际红十字会和世界卫生组织不断地建议和提倡下,现在绝大多数国家都已经实现了依靠自愿无偿献血来支持本国医学临床用血。

我国的血液供给获取模式经历了一个由有偿供血与义务献血相结合到自愿无偿献血、由政策推动到法律引导的渐进发展阶段。1978年之前,我国医疗临床用血主要是采取个体供血者的有偿供血与义务献血相结合的模式,在血液供给保障方面主要依赖政策推动而非法律引导。1978年之后,受国际无偿献血大势的影响和推动,我国开始逐步摒弃之前的血

① 倪正茂:《加强激励法学研究 完善法治国家建设》,载《上海大学学报(社会科学版)》2014年第2期。

② 杨思斌:《构建社会主义和谐社会与法律调整方法的改进和创新》,载《当代世界与社会主义》2006年第4期。

③ 参见陈小伍、于新发、田兆嵩主编:《输血治疗学》,科学出版社2012年版,第79-80页。

液供给模式,开始倡导自愿献血与无偿献血,并逐步走上了自愿无偿献血的道路。1987年6月,国家卫生部与中国红十字会联合发布了《无偿志愿献血奖励办法》,迈出了无偿献血的重要一步。然而,由于公民献血观念落后、宣传不到位以及组织不力等多方面因素的影响,我国公民无偿献血的热情一直不高,献血事业一直举步维艰。在此背景下,通过立法来彰显无偿献血的重要性以及我国对于无偿献血问题的重视,并借助法律来推进无偿献血工作,已经势在必行。经过多年的努力,1997年12月29日,第八届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过了《中华人民共和国献血法》,将无偿献血真正纳入法治化的轨道。

(二) 我国《献血法》献血激励制度之缺失

我国《献血法》于1998年10月1日开始正式生效实施。在该法生效实施近20年来,其对于我国无偿献血事业之保障与推进方面所取得的成就,有目共睹,不容抹杀。应该说,我国对于无偿献血工作的重视是不言而喻的,其在献血问题上专门制定一部《献血法》,将无偿献血单独纳入专门的法律规范,就足以显示了无偿献血工作在我国受重视的程度。不仅如此,在《献血法》的制度设计上,我国对于献血工作的重视也贯彻始终,甚至为此专门规定了我国无偿献血的管理体制。而为了推动人们自愿无偿献血,我国《献血法》字里行间一直都在强调献血的权利性质,诸如“保障献血者和用血者身体健康”“提倡十八周岁至五十五周岁的健康公民自愿献血”“国家鼓励国家工作人员、现役军人和高等学校在校学生率先献血”“血站对献血者必须免费进行必要的健康检查”以及“血站采集血液必须确保献血者的身体健康”之类的表述与制度设计,无一不体现了其对献血者乃至用血者权利的关注与呵护。客观一点说,这些制度已经成为推动我国无偿献血事业发展的重要举措,那些享受到无偿献血优惠政策的献血者及其亲属,很容易再次进行无偿献血,他们对于扩大自愿、无偿、固定的献血者队伍,起着积极的作用。^①

然而另一方面,尽管当前《献血法》规定是权利献血的制度,但骨子里秉承的却是一种义务献血的理念;它鼓励人们发扬社会主义人道精神,倡导自愿献血,但对于献血却并没有设置足够的制度激励与制度保护,甚至还存在将人们的献血权利变相转化为献血义务的制度漏洞。具体体现在:(1) 现行《献血法》明确规定了“国家机关、军队、社会团体、企业事业组织、居民委员会、村民委员会应当动员和组织本单位或者本居住区的适龄公民参加献血”的义务,但在这一义务履行过程中,有关部门往往直接设定了各个单位献血的具体指标,而基于单位与单位员工之间特殊的工作关系,大多数单位往往会将这些指标分派给其职工,有些单位为了体现“民主”与“公平”原则,甚至采取抓阄、抽签、轮流等方式来决定每年由哪位员工去献血。这直接导致了法律义务的转移,即:对单位而言,其动员献血的义务转化为变相强制其职工献血的权利;而对于职工来说,其自愿献血的权利反而成为一种变相的义务。这实际上是违反激励法原理的。(2) 在目前我国“血荒”频现、医疗临床上急需更多的献血来源的情势下,现有的激励措施显然远不足以支撑我国无偿献血事业的发展,加之现行用血机制的不透明以及献血者及其家属减免用血费用程序的复杂化与宣传解释工作的不到位,使得以“发扬人道主义精神,促进社会主义物质文明和精神文明建设”为目标之一的《献血法》

^① 参见孟雨:《从“血荒”现象看〈献血法〉在实施中的问题与完善》,载《中国卫生法制》2012年第1期。

没有充分体现出对于发扬人道主义者所应有的尊重、保障和鼓励。^①而实践中制度执行的走样则使得现有法律中的激励制度不但难以落实,反而反过来影响了《献血法》自身的信用,使得现行制度给人以言而无信之感。^②(3) 制度激励与制度保护实际上是密切联系、相辅而成的两个方面,从某个层面来说,良好的制度保护本身就是一种制度激励。我国现行《献血法》对献血者可能受损害的权利给予了关注,《献血法》第19条明确规定:“血站违反有关操作规程和制度采集血液,由县级以上地方人民政府卫生行政部门责令改正;给献血者健康造成损害的,应当依法赔偿,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”但其将献血受害可获得救济的权利仅限于血站违规采血一种情况,极大地限制了献血者献血受害时获得救济的可能性。例如,对于献血后由于不明原因给献血者健康造成损害的情况,献血者往往无处求偿。

就其现实效果而言,我国《献血法》以上的制度设计及其在实践中运行的变味势必会令人们内心产生自己被工具化而不被尊重的感觉,从而影响其对《献血法》的认同以及对于无偿献血事业的理解与支持。并成为激化“血荒”在我国各大城市出现并蔓延的重要制度根源。而“血荒”的出现及其蔓延则又催生了很多献血不规范现象,导致一些地方出现“血头”组织大学生、民工、兼职工作者、农民卖血,从中牟取暴利的情况,甚至衍生出了一些地方买卖无偿献血证的怪象。^③

三、其他国家和地区的无偿献血激励及其对我国《献血法》的启示

“人人都需要激励。”美国哈佛大学的詹姆斯教授在多年研究的基础上指出:如果没有激励,一个人的能力发挥将仅为20%~30%。如果施以适当的激励,则可发挥出80%~90%的能力。^④这些话一针见血地指出了激励对于人们能力发挥的重要性。实际上,激励不仅能够激发人的能力,更能够激发人们的爱心。正因为如此,很多国家和地区在其推进无偿献血事业过程中都不同程度地采取了各种激励措施。

(一) 其他国家与地区的无偿献血激励策略

实际上,对于无偿献血,很多国家都采取了以激励为主导的推动策略。对于献血者,澳大利亚并没有任何经济上的激励手段,不过献血者日后可以优先用血。在美国,血液与器官的捐献通常被人们视为生命的礼物,在人们看来,献血是崇高的,是给其他人一个新的生命,是其他任何礼物都无法比拟的。正因为如此,人们参与无偿献血的热情是非常高的,这很好地保障了美国医疗临床上手术用血的来源。在美国,尽管每年需要输血的患者超过400万,但医疗临床上所需要的血液基本上都可以通过无偿献血来加以保障。而这与美国在推进无偿献血过程中采取的各种制度激励有着直接关系。例如,美国红十字会定期组织有关自愿

① 参见刘长秋、史晓芳:《我国〈献血法〉的修改完善研究——以无偿献血困局的形成与法律应对为视角》,载《青海社会科学》2013年第5期。

② 参见例如,现行《献血法》规定了无偿献血者本人用血可以免交血液采集、储存、分离、检验等费用,而其家属用血时可以减交或免交以上费用,但在其执行与实施过程中,由于手续复杂,导致很多人主动放弃了这一“优惠”。

③ 参见熊晓辉:《一张献血证 一转手能赚500块》,载《河南商报》2014年10月21日第A17版。

④ 参见马秋菊、沈剑:《论献血的激励机制》,载《医学与哲学(人文社会医学版)》2011年第10期。

无偿献血的各种慈善活动,人们献血之后可以免费看演唱会或享受其他一些便利。在密歇根州,献血者可以获得纪念T恤和帽子;在圣地亚哥,献血者可以免费观赏鲸鱼;而克利夫兰市的红十字会更是想出了一个好主意:献血者可以免费乘车到商业区品尝自己喜欢的饮料。^①而捷克红十字组织则每年都要对义务献血者进行隆重的表彰活动,以增强献血的荣誉感,表彰制度共分3等7级,对义务献血160次者,授予最高级别的一级“金十字”勋章。^②法国无偿献血制度每年拯救100万法国病人的生命,是值得法国人自豪的制度之一。为保证献血者和病人的双重安全,无偿献血的每一步骤都被严格控制。献血以“无偿、匿名、自愿、非盈利”为原则,法国人一直为无偿献血制度的成功深感自豪,因为这体现了“团结、友爱”的“法兰西精神”。大学生是无偿献血的主体人群,并且同样值得称道的是,法国的政客、明星,都以无偿献血为荣。^③在日本,动漫业的蓬勃发展激发了青年人对于动漫的爱好,这成为日本红十字会激励青年人献血的一个重要抓手。日本红十字会每年都会选一个动漫任务作为“献血吉祥物”,而在宣传活动中,打扮成动漫人物的“吉祥物”会和青少年合影留念等,并给献血的年轻人颁发“好青年”证书。在日本一些闹市区开设的献血站等候区域里,可以看到各种动漫画刊和海报,而诸如此类的献血屋,在东京等很多城市都有,有的甚至还提供免费的美甲和按摩服务。这作为对人们参与无偿献血的一种激励,比较有效地刺激了人们自愿无偿献血的热情。

德国的献血激励制度尤其值得称道。在德国,一切以商业盈利为目的的血液买卖行为都是为法律明确禁止的,买卖血液甚至会受到法律的严厉打击。这就为以利他为基础的血液无偿捐献提供了制度支持。不仅如此,德国法律还设置了严格的制度以保障血液的安全,这也在一定程度上激励了人们献血的积极性。德国在1998年专门颁布了《输血法》,用以规范德国在血液采集、献血和对血制品方面的管理。除了德国红十字会之外,国家和社区组织的采血机构,或者私人机构和大学组织的献血服务中心,甚至流动采血点也积极地参加到献血服务中来。在德国,尽管血液并不能被保证100%安全,但检验失误率仅为百万分之一。这主要归功于德国从献血者体检、收集血液,再到运输、储存等各环节都千方百计保障血液安全。为了保证血液的安全,献血者在献血之前必须接受严格的体检。通过免费的血液检查,献血者可以了解到自己是否有肝炎、梅毒、艾滋病等疾病的情况。而一般情况下,在德国接受这些项目的检查花费通常要达到1000欧元左右。因此,献血时免费体检实际上已经成为吸引人们献血的一项重要“福利”。

(二) 各国献血激励对我国《献血法》的启示

总体来看,献血激励是各国在推进无偿献血工作过程中普遍采用的一种做法。尽管各个国家和地区采取的具体对策不尽相同,有的完全采取精神激励、权利激励、机会激励等,而有的则辅之以微小的物质刺激,但无论是何种措施都无不彰显了激励的主基调。不仅如此,各国对于无偿献血的激励是建立在严格禁止血液买卖的基础之上的。因为从经济分析的角

① 参见宁涛:《“微利”献血政策不应“响起骂声一片”》,http://www.politician.com.cn/a/zhidutizhi/zhengceguan-cha/2014/0926/6496.html,最后访问日期:2016年3月18日。

② 参见李国炜:《“献血受益难”不能亏待热心人》,载《法制晚报》2012年5月2日第2版。

③ 参见温玉顺:《看国外如何破解“血荒”》,http://news.sina.com.cn/w/2012-06-14/151924591885.shtml,最后访问日期:2016年3月18日。

度来说,血液买卖会对以利他为主旨的无偿献血机制形成毁灭性冲击,只有严格禁止血液买卖,使得血液的捐献人无法从血液捐献中牟利,才能够为无偿献血创造良好的社会环境。而激励措施尽管有违背无偿献血之无偿宗旨的嫌疑,但实际上是为了弘扬社会正气,凸显“好人有好报”的价值理念。就此而言,献血激励是具有伦理正当性与必要性的,只不过需要制度的设计者和执行者把握好激励的分寸,防止献血激励衍变为有偿献血。

近年来,我国一些地方针对无偿献血工作过程中出现的一些困境,不同程度地采取了一些献血激励措施,并以地方性立法的方式将这些措施确立下来,但这些做法却在社会上引发了不小的非议。如2013年11月底实施的新《宁波市献血条例》规定:宁波市将为无偿献血者提供免费意外保险,献血者在无偿献血48小时内发生意外的,最高可获15万元赔偿和8万元医疗费;在无偿献血一年内发生意外的,最高可获1万元赔偿和5000元医疗费。该《条例》中对无偿献血者享受意外保险是否与献血行为有因果关系未作要求。这实际上意味着献血后被动物咬伤也能够获得赔偿。而对献血明星,修订后的条例还专门增加了一条奖励措施,即对献血1万毫升以上的献血明星,每年提供一份全年意外保险,最高可获20万元赔偿、2万元医疗费。^①又如,2013年6月14日,南通市卫生局和市献血办宣布并实施一项“献血新规”,从当天起,该市市直12家二级以上医院门诊挂号和收费处,将统一标注“无偿献血者优先”字样,允许献血者凭《无偿献血证》免排队,直接到窗口挂号缴费。此举一出,立即引发社会和网络热议。赞同者称是“尊重献血者的首创”,而质疑者则认为这一做法是以文明之名所行的不文明,其不仅无法解决血荒之痛,而且是一种“小特权”。^②但实际上,从伦理上来说,无偿献血作为志愿者作出的一种高尚道德义举,在权利义务的配置上是严重失衡的,因为无偿献血者完全处于一种自我牺牲的状态之中,完全放弃了个人的权利。在这种情况下,政策和法律作为社会公平的保护伞,应当尽可能努力地去扶正基于无偿献血这样一种自我牺牲行为而出现的权利与义务关系的失衡,以精神慰藉或权利奖励等方式来弥补献血者放弃权利后所形成的正义空位。在其他国家或地区激励无偿献血的法律实践中,诸如此类激励措施大都普遍存在。而这类做法客观上向社会传达了这样一种信息,即国家认可、倡导并切实保护公民的高层次道德行为,不会让好人无好报。这样的信息传导客观上必然会起到激励民众作出高层次道德行为的效果。^③

四、我国《献血法》的修改与完善

当今时代是一个法治的时代,法律正在社会生活的方方面面发挥着越来越重要的作用。而社会发展所引发的诸多方面的问题也正在越来越多地归咎于立法或法律制度设计。近年来不断为媒体报道的“血荒”问题就是其中之一。客观上来说,“血荒”在各地形成的原因是多方面的,并不仅仅是由于法律制度方面的原因。然而,在法治已经成为当代社会主旋律的背景下,法律制度设计方面的缺陷却已现行越来越成为最主要的原因。为此,必须加强我国

① 参见吴志清:《2013年3月起 宁波无偿献血者免费享受意外保险》, <http://nb.people.com.cn/n/2012/1205/c200892-17814440.html>,最后访问日期:2016年3月18日。

② 林培:《献血者就业不排队,算特权吗?》, <http://js.xhby.net/system/2013/06/17/017654129.shtml>,最后访问日期:2016年3月18日。

③ 参见刘长秋:《为献血安全投保的正面效应》,载《东方早报》2013年12月17日第A23版。