论死刑案件的程序审查

陈华杰*

死刑案件的程序审查具有发现案件真实，救济、纠正错误判决，防止错杀、冤杀的功能。为最大限度地实现程序的这种保障功能，笔者认为一审要正确认识和把握死刑的适用，不能随意、轻易适用死刑；二审、复核审应将开庭审理确立为死刑案件审理过程中的一项原则。从实体上和程序上全面审查有利于被告人和不利于被告人的证据。应确立死刑案件诉讼时间的下限规定，增加死刑犯获取救济的时间；对核准死刑或死缓刑的犯罪分子，发现新证据、新事实时，要适用“一事不再理”的国际刑事司法准则。适度延缓签发死刑执行命令的时间，给死刑执行犯行使申诉权留有一定的余地。增设死刑赦免制度。对确需判处死刑立即执行的犯罪分子，在特殊情况下要暂停执行；笔者还认为最高法院收回死刑核准权势在必行，但考虑我国目前尚存相对数量的死刑罪种的实际，为使收回过程稳妥有序，应尽量统一死刑适用标准，进一步限制、减少死刑。检察机关、被告人及其辩护人暂不宜参与死刑复核程序。最高法院应当设立巡回机构，专门负责各大区的死刑复核。

程序公正是对审判机关的硬性限制，这种限制保证了审判机关的公权力在合理的范围内有限行使。程序既是公权力的制约和制度正义的保障，也是公民权利的保护伞，程序为司法的过程设

* 广东省高级人民法院副院长。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

置了重重“关卡”，最大限度地维护了被告人的尊严、保障了被告人依法享有的诉讼权利。对于死刑案件而言，程序保障就显得更为重要。因为其他案件错了，还能通过审判监督程序得以纠正，通过国家赔偿得以弥补，而死刑犯人死不能复生，一旦造成冤假错案，则误判难纠。因此，程序的合法、公正性要求特别为死刑的适用设置了层层关卡，预设了一定的正义标准，目的是为了发现案件真实，救济、纠正错误判决，防止错杀、冤杀，并通过程序公正来消除、缓解对实体裁判的不满。所以，我们办理死刑案件，必须严格遵守审查、核准死刑案件的有关程序，按照各个程序、各个阶段的有关要求，认真审查，反复甄别，切实防漏纠错，确保死刑案件的质量。

一、一审中的死刑把关

为了有效地保障死刑犯的合法人权和案件的质量，刑事诉讼法对死刑案件特别审慎，提高了死刑案件的审判管辖级别，规定死刑案件由中级以上人民法院管辖，即一审由中级人民法院管辖，二审由高级人民法院管辖，死刑复核权由最高人民法院行使。一审是死刑案件法律事实的初步推断、认定阶段，是死刑案件的法律拟制期，在死刑案件的整个程序中具有基石基础作用。所以，一审中的死刑审查、把关对限制、减少死刑，把死刑案件办成“铁案”,具有十分重要的意义。笔者认为,审查、把关死刑案件,要注意确立必要的理念和做好有关的工作。

(一)增强责任感,正确认识和把握死刑的适用

居中审理、裁判，伸张正义、维护公平是刑事审判人员的基本素质要求，每一个刑事审判干部，必须要有正义、公平意识，要始终坚持做到以证据证明事实，以事实为依据，以法律为准绳，公平地裁决案件。刑事审判是认定和制裁犯罪人的工作，整个工作必须坚持人道主义，体现人文关怀，刑事法官掌握生杀予夺大权，在严厉惩罚、打击的同时，要尽量给出路，立足于教育、挽救，依法可杀可不杀的尽量不杀，能少杀的决不多杀，判决其他刑罚可以解决问题的就不要用死刑，依法可判重一点可判轻一点的尽量判轻一点。刑事法官要忠于事实，忠于法律，敢于依照现行法律、司法解释和认定的事实公正地裁决案件。刑事法官要敢于说真话、说实话，不惧威胁恐吓，不怕打击报复，不为权势和私情而违心，尤其不能为了澄清是非，洗脱“打击不力”的指责，或证明自己的干净而对罪不该死的犯罪人适用死刑。刑事法官要不断学习提高，不断更新充实知识，不断提高办案水平和沟通协调能力，既敢于坚持原则，又善于坚持原则，既敢于办案，又善于办案，讲

求良好的法律效果和社会效果的统一。

（二）所有证据、事实的认定必须经过庭审质证、认证

死刑案件的犯罪事实必须属于“罪行极其严重”，但罪行的存在严重程度要靠证据来证明。所有证据、事实的认定都必须经过庭审质证、认证，未经庭审质证、认证的证据、事实不能作为定案根据。要改变审理死刑案件时以“口供为中心”的传统司法倾向，注重对死刑案件其他证据的查实。我国刑事审判虽然实行“控辩制”诉讼，但与外国真正意义上的“控辩制”相距甚远。因为到目前为止，我国刑事诉讼法并未赋予被告人“沉默权”、“律师在场权”，也还未有治安法官、预审法官对侦查活动的监督制度，控辩交易、交叉询问、陪审团等一系列的诉讼制度尚未建立起来。因此，要马上改变现有的诉讼制度几乎是不可能的事。但我国刑事诉讼法第 46 条已经规定“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人口供，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。”在一审程序中，凡对可能判处死刑的案件，都应建立证人、鉴定人必须到庭作证的制度，以保证证人证言、鉴定结论的真实、可靠，从而提高质证、认证水平。一审判决前，发现可能影响一审判决的被告人新的犯罪证据或犯罪事实，应由检察机关重新起诉或补充起诉后进行庭审质证、认证，未经检察机关重新起诉、补充起诉和庭审质证、认证的新证据、新事实，不能作为裁决死刑的事实依据。

（三）要注重依法查实、兑现宽严处罚情节

法定、酌定从严、从宽处罚情节，是衡量犯罪人行为的社会危害性、主观恶性和人身危险性的重要标准，是在法定刑幅度内选择决定宣告刑的根据，是法院、法官根据情势变更和社会发展情况，在不与现行法律明显相抵触的情况下，进行必要的自由裁量的主要因由。查实、兑现宽严处罚情节，是确保罪责刑相适应，体现刑罚公平、正义的需要。因此，审判人员在庭审过程中，除了着力查明被告人的基本犯罪事实外，要注重查清被告人是否具有法定、酌定从重、从轻、减轻或免除处罚的情节，尤其对可能判处死刑的犯罪人，更应当认真审查核实。凡经庭审查证属实的宽严处罚情节，都应依法在量刑中兑现。例如，犯罪人具有防卫过当、避险过当、犯罪中止、未成年人、孕妇、精神病人等法定应当从宽处罚情节的，应当排除死刑的适用，绝对不能判处死刑立即执行；犯罪人具有自首、立功、预备犯、未遂犯、聋哑人或盲人等法定可以从宽处罚情节的，可以排除死刑的适用，一般不能判处死刑立即执行；犯罪人具有主动坦白交代、积极退赃、积极救护受害人和

挽救经济损失或者被害人有过错等酌定从宽处罚情节的，也可以排除死刑的适用，一般不宜判处死刑立即执行。在司法实践中，仍有个别审判人员未能正确适用量刑情节，有的未经查实就予以兑现，有的虽已查实，但却不予兑现，有的只兑现从严情节，不兑现从宽情节，或只考虑法定情节而不考虑酌定情节。这些做法不利于对犯罪人的正确量刑，有违刑法的公平、正义原则，必须在今后的刑事审判工作中加以克服和改进。

（四）法院、法官要坚持独立思考、独立判案

我国刑事诉讼法第 5 条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权。”法院、法官在审理案件过程中，必须做到以证据证明事实，以事实为依据，以法律为准绳，独立思考，独立判案，不受外来因素的干扰。在审判实践中，对于正确的，反映了犯罪的社会危害性与犯罪人的人身危险性的民愤（舆论），对犯罪人适用刑罚时应当予以考虑；但对于一味要求判处犯罪人重刑甚至处以死刑立即执行的民愤（舆论），要严格依照刑罚标准、尤其是适用死刑的标准，审慎对待，符合重刑、死刑立即执行标准的要依程序判处重刑、死刑立即执行，不符合标准的，不能迁就、勉强。独立思考，独立判案与主动接受党的领导、人大的监督是一致的，对于重大恶性案件、党委、人大关注的案件以及社会各界反响强烈的案件，法院、法官要主动向当地党委、人大汇报，争取党委、人大的理解和支持。同时，依法独立行使审判权是法律赋予人民法院的神圣职权，是任何机关、个人所不能替代的。法院、法官在审判工作中，要正确处理好坚持党的领导、主动接受人大的监督与独立行使审判权的关系，要以对党和人民高度负责的精神，坚持以事实为根据、以法律为准绳，独立思考，依法办案，严格把好死刑的适用关，审慎行使审判权。

（五）要充分保护被告人的诉讼权利

与强大的国家公诉机关相比，被告人的诉讼地位低下，是诉讼主体中的弱者。因此，在刑事诉讼中要注意充分保护被告人的诉讼权利，以防止冤假错案的发生。检察机关提起公诉以后，法院、法官要注重为没有聘请辩护人的死刑案件指定辩护人，强制辩护，以保护犯罪人的合法权益。在庭审中，合议庭成员要充分听取被告人、辩护人关于无罪或罪轻的辩解，对于要求鉴定、辨认、证人出庭等意见和请求，凡正当、合理的，都要认真考虑，及时采纳，以充分维护被告人的诉讼权利。在量刑时，要切实纠正一审故意重判，“二命抵一命”或“多命抵一命”，超等量超等值报应，不该判死的判死，该判死缓的却判死刑立即执行，矛盾上送，由二审法院来审查改判的错

误做法。要废除案件请示制度，使死刑案件和其他案件的独立审判落到实处。案件请示制度使二审法院提前介入，违反刑事诉讼法的基本原则，实际上剥夺了死刑犯的上诉权，失却了死刑案件的二审保障机能。死刑案件请示后，如果未审前就得到了上级法院的首肯，死刑犯的一审就是走过场，讲形式，审判的价值就得不到体现。同时上级法院在没有直接审理的情况下，仅凭下级法院法官的案情汇报就作出死刑答复，显得过于随意轻率，侵犯了死刑犯的上诉权，也使高级人民法院的二审和死刑复核审程序无任何意义和价值。对于二审发回重审的案件，一审法院要正确看待，认真研究分析，在证据认定、事实推断等方面积极查找存在问题，不断总结提高。同时，一审法院要高度重视，迅速重新组成合议庭，按一审程序的有关要求，认真审查，依法判决。

二、二审、复核审的死刑把关

当前，除了职务犯罪和个别经济犯罪外，死刑案件基本由最高人民法院授权省高级人民法院核准，所以死刑案件的二审多数与死刑复核审重合。鉴于这种特殊性，所以二审、复核审既要审查法律适用，又要全案审查事实、证据，要着重做好如下工作：

(一)二审应当开庭审理

死刑案件的二审应当逐步废除书面审理的方式，因为死刑案件的二审不开庭审理，难以发挥二审的程序价值作用。我国刑事诉讼法第 187 条规定：“第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭经过阅卷，讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。”刑事诉讼法此条文的立法精神，旨在以刑事二审案件开庭审理为一般原则，以少部分二审案件不开庭审理为例外。但在实践中，二审法院均以此为依据，拒绝对上诉案件开庭审理，而搞“调查讯问式”审理，也即变相的书面审理。第二审合议庭几乎完全以一审人民法院的审理卷宗为根据，不论被告人是否对证据、事实和适用法律问题持有异议，都不再传唤证人、鉴定人、被害人当庭作证，也不再对书证、物证、视听资料等进行当庭调查，甚至形式上的法庭审判也不再进行，公诉人、辩护人无法再次进行控辩，个别法官未能认真听取辩护意见，在没有对所有的定罪与量刑证据进行质证的情况下，怎么能辨明案件证据的真伪，发现案件事实真相呢？死刑案件“人命关天”，我国刑事诉讼法没有对死刑案件的二审作特别的规定，绝

需要全本请访问 www.ertongbook.com

大多数的二审死刑案件就是在这种不开庭的情况下作出判决的。司法机关启动二审程序的主要功能是发现、纠正一审错误裁判，准确惩处犯罪，保护公民的合法权益，监督下级人民法院的审判工作。即使被告人所涉嫌的犯罪极其严重，但按照书面终审的法律程序和审判制度对其生命进行剥夺，就显得欠缺公平和过于随意，二审程序的预定功能也很难在这种运作中得到有效的发挥。不开庭审理死刑案件，往往是承办人一人阅卷，故很难发现案件中的疑点问题。只有在公诉人、辩护人及法官三方共同参加的诉讼模式中，法官才能在公诉人、辩护人的控辩过程中发现真伪，了解案件事实真相，才能作出公正、稳妥的判决。鉴于我国目前的审判实际，笔者建议，应当在现行刑事诉讼法第 187 条的后面增加一款规定：“死刑案件应当开庭审理”，这样的硬性规定，是贯彻落实“少杀”、“慎杀”政策所必不可缺的程序。这样的硬性规定，可能增加了高级人民法院、省人民检察院的工作量，但与发达国家繁琐的死刑上诉程序和昂贵的上诉费用比较起来，我国要求死刑案件开庭审理并不复杂，尽管花费较多的人力、财力，但用财力资源换取司法公正，防止和减少错判错杀，从价值上权衡也是值得的。

（二）二审必须认真审理

二审、复核审在从程序上保障对死刑适用的审慎性和准确性方面具有无可替代的重大意义，审判人员要从无罪推定的角度出发，从实体上和程序上认真审查，既要审查不利于被告人的证据，也要审查有利于被告人的证据。

1. 当对被害人、被告人要进行伤残等级鉴定或精神病鉴定的时候，首先要查明原来是否作过鉴定，原来所作的鉴定是否仍具法律效力，如果原来已作过鉴定，且鉴定至今仍具法律效力的时候，就要十分审慎，一般不宜再搞第二次鉴定。如果第一次鉴定结论的真实性存疑，且不利于被告，确需进行第二次鉴定的时候，审判人员应当委托公诉机关，由公诉机关选定有鉴定资格的中立性单位来作鉴定。新旧鉴定结论互相对抗、抵触时，要从有利被告的方面去认定和采信鉴定结论。

2. 当现有证据存在缺陷，需要核查补充有关材料的时候，例如，当被告人的年龄、身份、国籍等不明的时候，要通知检察机关核查补充有关材料后开庭质证、认定。但如果二审庭审中发现新证据、新事实，且将对案件的定性和量刑带来重大影响的时候，二审合议庭不宜直接认定，应当发回一审法院重新审判，因为二审法院直接认定一审法院未经开庭质证、认证的新证据、新事实，并进入了终审程序，就会从实质上剥夺了被告人对证据、事实仅有的一次的上诉机会，程序上欠缺公正、正义。检察机关对需要核实补充

的材料无法核实补充的时候，法院一般也不宜亲自出马，直接发动调查取证，尤其是不利于被告人证据。因为法院自行取证，又自行质证、认定，毕竟违反了居中裁判原则。所以在这种情况下，合议庭应当在现在证据材料的基础，直接拍板认定案件事实，依法作出妥善判决。

3. 要通知和鼓励证人出庭作证。根据刑事诉讼法的有关规定，证人作证是公民对国家应尽的义务，知晓案件情况的人在接到司法机关的作证通知后，应当按照通知的要求到庭作证。但在司法实务中，有些知晓案情的人，由于缺少法制观念，或是担心受打击报复、或是怕麻烦等，不愿到场作证，特别是不愿意出庭作证，从而影响了司法机关对案件有关情况的调查。对于证人拒绝履行到场义务，证人应当承担什么样的法律后果，目前我国刑事诉讼法尚未作规定，司法实务中也没有什么有力的措施来促使证人到庭履行其作证的义务，从而使得证人不履行义务的现象变得相当普遍，已成为一个非常突出的社会问题。而在世界上有许多国家和地区，证人如果不履行到庭作证的义务，则要承担一些具体的法律后果，具体表现为，司法机关可以对不履行义务者处以警告性罚款，赔偿因不出庭造成的经济损失，强制性拘传到场，情节严重者，可以蔑视法庭罪论处刑罚。这些措施的规定，有力地保证了证人履行出庭作证的义务。我们在对证人进行说服、教育和鼓励的同时，应当借鉴国外的成功经验，逐步设立强制证人到庭作证的法律规范，使义务的履行有切实的制度保障。

4. 审判长和主审人要善于使用交叉询问的方法，既能一针见血地核查证据，导引庭审视线，又不失居中原则。要适当拉长庭审中的控辩对抗时间，充分尊重被告人、律师的陈述和辩解。凡被告人有检举、揭发、自首、立功表现的，审判人员要迅速核实，尽量兑现政策、法律规定。审理后，如果原判适用法律有错误，或者量刑不当的，应当及时改判；如果原判事实不清、证据不足的，要果断地发回重审。死刑是剥夺被告人生命的最严厉的刑罚，具有不可纠错的特点，发挥审委会对死刑案件事实的审查、把关作用是人民法院组织法的要求，所以死刑案件的合议意见必须送审委会讨论决定，审判委员会委员要尽职尽责，尤其要从特殊预防和一般预防的角度出发，准确地把握好死刑的适用标准。审判人员要千方百计提高裁判文书的质量，裁判文书要事实清楚，证据充分，分析透彻，要在逻辑上、说理上下功夫，尤其是因证据存疑等原因，由死刑立即执行改判为死缓刑的案件，在事实、法律和程序上要经得起检察官、律师、受害人家属以及社会舆论的质疑。

5. 要多用、用好死缓刑，少用、慎用死刑立即执行。判处死刑立即执

行和判处死刑缓期两年执行的标准是一样的，是立即执行还是死缓，主要靠法官的自由裁量，是法官理解法律、适用法律和对情、理、法综合平衡的结果。已核准被告人死刑立即执行，但在宣判前被告人因病成为植物人的，不宜再宣判和执行死刑。因为二审与复核审重合，二审宣判后，被告人已为植物人，无法行使申诉权。再说，对植物人执行死刑也没有实质性意义。所以在司法实务中遇到这种情况，应当由二审法院作出中止审理决定，由被告人家属做好护理工作。

（三）确立死刑案件诉讼时间的下限规定

死刑复核程序是审查死刑适用的最后一道关卡和过滤层，刑诉法没有明确规定死刑的复核期限，但死刑案件都是重、特大案件，案情比较复杂，无论侦查、起诉、还是审判，都要比普通刑事案件需要更多的时间。同时，判处死刑是慎之又慎的大事，从稳妥和保障被告人充分行使诉讼权利的角度，也要求给被告人及辩护人提供充分的辩护时间。因此，死刑案件的诉讼程序和诉讼时间较一般案件为长。我们要切实纠正为营造“严打”声势，形成“高压”态势而不按法定期限伧促判处死刑立即执行的情况发生。因此，为了充分保证死刑案件的诉讼时间，有必要在将来的刑诉法修改中，明确死刑案件的起码诉讼时间，即时间的下限或底线规定。从我国的实际出发，笔者认为，死刑案件的诉讼的时间下限应以 6个月为宜，即判处死刑立即执行的案件，从一审、二审、复核审到交付执行，时间不能少于 6个月。

三、复核审后的死刑把关

复核审后的死刑把关，是死刑复核程序的向前延伸，在死刑执行前，法院、法官仍然要十分注意保护死刑犯的诉讼权利，鼓励和允许死刑犯行使必要的救济手段。

（一）对核准死刑或死缓刑的犯罪分子，发现新证据、新事实时，要适用“一事不再理”的国际刑事司法准则

1.新证据、新事实明显有利于被告且直接影响量刑的，只要案件尚未执行，就应按审判监督程序办理，进行再审改判。

2.新证据、新事实不利于被告，可能要加重罪行或罪责的，一般应以维护既判力为主，不再启动再审程序。对核准死刑的犯罪人来说，再加重罪行或罪责已无现实意义；对已核准死缓刑的犯罪人来说，死缓刑与死刑立即执行的标准是一样的，什么情况下该立即执行，什么情况下不该立即执行，法律、司法解释无明确的规定，主要靠法院、法官的自由裁量。对已核准死

缓的犯罪分子，一般不宜为了改判死刑立即执行而启动再审程序。

（二）适度延缓签发死刑执行命令的时间，给死刑执行犯行使申诉权留有一定的余地

我国刑事诉讼法第 211 条规定：“下级人民法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，应当在 7 日以内交付执行。”发现特殊情况的除外。刑事诉讼法第 203 条规定：“当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力的判决、裁定，可以向人民法院或人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。”该条赋予当事人及其法定代理人、近亲属的申诉权，实则也赋予了死刑犯的申诉权。但死刑犯执行死刑的时间过快，导致死刑犯的申诉权不能得到有效保障。在我国，死刑案件一旦判决，从一审、二审到复核程序，时间一般在 3个月左右，若有特殊情况，经省高级人民法院批准，可延长至 5个月左右。一旦复核程序核准后，很快就会签发死刑执行命令，而死刑执行命令从签发到执行只有 7 天时间。这样算来，一个死刑案件从一审判决到执行，一般为 4 至 6 个月左右的时间，其中 3 至 5 个月左右的时间是在诉讼程序的进展过程中。在执行死刑前，真正留给死刑犯申诉的时间只有几天。在短短的几天时间里死刑犯要想使自己通过二审、复核审都没有纠正的错案得以纠正，是十分困难的。因此，笔者十分赞同蒋兰香教授的建议，[①] 在刑诉法中增加适度延缓签发死刑执行命令的时间，给死刑犯行使申诉权留有余地。具体做法是，最高人民法院核准死刑后，原审法院马上告知死刑犯，并且告诉死刑犯若有新的罪不当死或无罪的证据，或确实认为自己是冤枉的证据，可以在两个月内进行申诉。对于死刑犯的申诉，人民法院应当引起足够的重视，要派出人员进行调查、核实。若查证有刑事诉讼法第 211 条 第（1）项规定的情形的，则按第 211 条规定的程序办理。若没有该种情形，两个月后就签发死刑执行命令。总之要改变目前核准死刑后马上签发死刑执行命令的做法，以保证死刑犯通过申诉程序得到最后的救助。

（三）增设死刑赦免制度

1998 年 10 月 5 日，我国签署了一个非常重要的人权公约 —— 《公民权利和政治权利国际公约》。该公约的签署，充分说明中国愿意与世界各国一道在平等和相互尊重的基础上就人权问题开展合作与对话，为促进人权事业的发展而不断努力。公约第 6条第 4款规定：“任何被判处死刑的人应有权

① 参见蒋兰香：《论死刑案件的程序保障》，载《云南法学》第 2000年第 3 期，第 73 页。

要求赦免或减刑。对一切判处死刑的案件均得给予大赦、特赦或减刑。”可见，要求赦免或减刑，是公约规定的死刑犯的基本人权，刑法应将其规定为执行死刑前的最后一个程序。我国规定了死刑减刑制度，即死缓制度，这是有中国特色的死刑执行制度，得到了国际社会的赞赏。但是，我国刑法没有规定死刑赦免制度。

在我国古代，大多数规定了死刑赦免。死囚在等待执行期间遇到皇帝发布赦免令，则可以免死，或改服其他刑罚，或赦免全部罪行。类似的记载不绝史书，如宋徽宗在位 25 年，[①] 大赦 25 次，曲赦 14 次，德间 37 次，南宋光宗年间，曾于 1 年中 4 次大赦。尽管这些做法在封建时代有其随意性，但作为限制、减少死刑的一种手段，有其积极的意义。

在国外，有的国家法律赋予某些官员享有赦免死刑犯的权利，如韩国总统有赦免权，美国佛罗里达州州长拥有无条件赦免死刑犯的权利，日本法务部长对死刑执行的影响也很大，他可以不批准执行死刑。

增设死刑赦免制度，不仅是因为公约规定了死刑犯无条件要求赦免权，而且有如下好处：（1）符合法的正义要求。法有善法恶法之分，如后来者以根据恶法判处的死刑不合理为由拒不执行已经判决的死刑，尽管这时已有新的“善法”废除了该罪的死刑，但因新法对已决罪不适用从旧兼从轻原则，而使其“拒不执行”变得非法，与其根据政治手段以“平反昭雪”，不如规定赦免制度，以实现真正的法治。因为法治的真正含义包括“已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。[②] 赦免制度是解决“恶法也应被服从”的矛盾的一剂良方。（2）可以增设一道防止错杀的防线。我国法律规定了死刑复核制度，但与古代“三复奏”相比，仍有不及，事实证明，已判的死刑仍有错案，错杀的情况仍有发生。增设死刑赦免制度，能进一步贯彻我国“慎刑”政策。（3）我国审判制度与大多数国家一样，采用合议制进行评议，并经审委会讨论决定，而且是采用多数票决定的方法，对没能全票通过处以死刑的案件规定死刑赦免请求权，可以“留有余地”，让案件经得起时间的考验，保留纠正的可能性。

从我国曾经几次特赦看，我国死刑犯的赦免是基于其确实改恶从善。笔者认为，改恶从善当然应当作为死刑犯特赦的理由，但赦免的理由不应当仅仅限于这一方面。可以借鉴美国行政赦免启动的基本原因，可以考虑将下列

① 参见高一飞著：《刑事法的中国特色研究》，中国检察出版社 2002年版。

② 参见［古希腊］亚里士多德：《政治学》，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

因素作为死刑犯赦免的原因：(1) 被告人丧失心理能力、智力迟钝等，已失去理性行为的能力；(2) 是否有罪存在疑问；(3) 被判处死刑的人和检察官明确提出了赦免要求；(4) 在犯有同样罪行的同案犯中刑罚不平等或完全不相称；(5) 公众呼吁该行为人无需执行死刑；(6) 具有减轻情节，但司法过程中对此考虑不周；(7) 行为人在等待死刑执行时改过自新；(8) 从道德的角度看，死刑是不公正的；(9) 审判不公正；[①] 等等。死刑赦免制度的具体规定，可以在现行宪法“特赦”的规定的基础上加以补充、完善，并纳入刑法规范，作为完善死刑制度的重要措施。

（四）对确需判处死刑立即执行的犯罪分子，在特殊情况下要暂停执行

1. 在执行时犯罪人喊冤反常的，要暂停执行，核查后认为确有冤情，核准死刑可能有错的，要送立案、审监部门审查，确有错误和再审必要的，经审委会讨论决定后，撤销二审复核审判决，正式进入再审程序。

2. 执行死刑时，犯罪人再次检举、揭发的，不能因为犯罪人已多次检举揭发，均查证不实而不予理睬，仍应迅速报请主管领导批准，暂停执行，“枪下留人”或“针下留人”，经核查检举揭发属实的，由合议庭重新合议量刑。经核查证明检举揭发失实、或属犯罪人故意拖延死刑执行的，应报请主管领导批准，恢复死刑的执行。

3. 对判处死刑立即执行的犯罪分子，要文明执行，不搞集中宣判，不游街示众，尽量用注射刑，以体现死刑执行的人道性。执行前犯罪人提出要与亲友见面、转交遗物遗言等要求的，应尽可能地满足犯罪人的要求。

四、进一步完善死刑复核程序

死刑复核程序是我国刑事诉讼中的一项特殊制度，是我国贯彻死刑政策的程序保障措施。无论是过去还是现在，通过该程序将死刑改判为较轻刑罚的案件占有一定的比例，即使是由死刑改为无罪或免除刑罚的案例也不罕见。可见，死刑复核程序在统一死刑标准，坚持少杀，尤其是在防止错杀方面具有重要的意义。

1979 年的刑事诉讼法原本规定死刑复核权统一由最高人民法院行使，但由于该法颁布之时，正是我国拨乱反正、进入改革开放的时期，在这个时期，经济、政治、文化等各个社会生活领域正发生着巨大的变化，各种严重

①参见赖早兴：《中美死刑赦免制度及其比较》，湘潭大学 2004 年 5 月 29～30 日《死刑的正当程序学术研讨会论文》。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

危害社会治安、经济的犯罪活动日益狼狈猖獗，为了及时打击严重的刑事犯罪活动，保障改革开放的顺利进行，第五届全国人大常委会分别于 1980 年 2 月、1981 年 6 月通过了两个决定，授权各地高级人民法院对杀人、放火、抢劫、强奸及其他严重刑事犯罪分子判处死刑的核准权。 1983 年 9 月，第六届全国人大常委会第二次会议又通过了《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法)的规定》,其中第 13 条规定，最高人民法院在必要时可授权各省、自治区、直辖市的高级人民法院对犯有杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安的犯罪分子享有死刑核准权。同月，最高人民法院依据该修改后的法院组织法发出了《关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的通知》，向各高级人民法院和解放军军事法院正式授权。进入 20 世纪 90年代后，为了打击越来越猖狂的毒品犯罪，最高人民法院又分别于 1991 年 6 月、1993 年 8 月和 1996 年 3月将对毒品犯罪判处死刑的核准权授予云南、广东、广西、四川、甘肃五省、区高级人民法院。但刑法、刑诉法作为国家的基本法律部门，已分别在 1997 年、1996 年进行了修改和补充。修改后的刑法、刑事诉讼法仍将死刑复核权交由最高人民法院行使。全国人大常委会 1983 年对人民法院组织法第 13 条关于死刑复核授权的内容，已与现行刑法、刑事诉讼法明显相冲突、相矛盾。

我国法律关于死刑复核的具体程序的规定非常原则，仅在刑事诉讼法第 202 条中规定：“应由审判员三人组成合议庭进行。”从而导致这一特别程序在具体运作中灵活性较大，未能收到应有的效果。这种具体运作的缺陷和不足，主要表现在如下几个方面：一是复核标准不相同。刑法与刑事诉讼法在修正之后仍然保留将死刑复核权交给最高人民法院统一行使的作法，其目的在于在全国范围内统一掌握死刑标准，保证少杀，防止错杀。然而，由于最高人民法院依照人民法院组织法的规定将部分死刑案件的复核权授予各高级人民法院行使，再加上法律和司法解释对于复核的具体标准并无统一和明确的规定，从而造成各高级法院在核准死刑时，一般都按照原来判处死刑的标准来进行。而就判处死刑的标准来说，虽然都是按照我国刑法的规定进行的，但并不排除不同地、不同省份的法院在适用刑罚（含死刑）上存在差异。在我们这样的地域广阔，情况复杂的大国里，毕竟难以保证各地的执法条件和执法水平完全一样。这也正是我国法律为死刑这一最严厉的刑罚种类设立一项专门程序即死刑复核程序，并且规定复核权只能由最高人民法院行使的原因所在。二是核准方式不规范。在我国现有的法律中，除刑事诉讼法第 202 条规定：“最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期

执行的案件，应当由审判员三人组成合议庭进行”外，再无其他具体的规定。实践中，大部分的高级人民法院对于其有权核准的死刑案件，普遍实行二审程序和死刑复核程序合二为一的作法，即在中级法院一审判处死刑，被告人提出上诉后，高级人民法院二审维持原判的，其二审程序同时也是死刑复核程序。高级人民法院所作出的维持原判的裁定，也是核准死刑的裁定。这种作法对司法实际部门来说，有利于简化程序，提高办案效率，避免延误办案期限，引起同一法院内部出现审级上的混乱。这种将二审程序和死刑复核程序合二为一的作法，使同一审判组织集二审审判权和死刑核准权于一体，很容易使死刑复核程序名存实亡，难以起到应有的作用。三是核准内容简单、片面。以往和目前的死刑复核过程，从内容上看，大都类似于行使机关的业务审批手续，核准机关的主要工作，便是审查报请法院报送的材料是否齐备，以及材料的真实性和准确性。既不听取公诉人的意见，也不听取辩护人的意见，甚至对被告人也不进行提审，从而使复核过程诉讼主体严重不全，诉讼气氛不浓，丧失了作为特别诉讼程序的应有特色。

最高人民法院收回死刑核准权，不仅能妥善地解决上述弊端，而且在顺应国际发展趋势，遵循辩证唯物主义认识论，实现刑罚的社会效益，追求司法公正以及符合社会政治、经济基础方面有其必要性。①

（一）收回核准权符合国际发展趋势

随着刑罚观念由报应主义向人道主义及刑罚轻缓化思想的转变，特别是近几十年来人权运动的蓬勃高涨，废除死刑乃是大势所趋，是符合人类文明发展要求的。然而我国为了给市场经济的建立和发展营造一个稳定、有序的环境，必须靠死刑来惩罚、威慑刑事犯罪分子，并且“善恶有报，杀人偿命”这种刑罚报应观念在人们头脑中还根深蒂固。因此，在现阶段我国还不能废除死刑，只能遵循随着社会经济制度、政治制度的完善逐渐减少至废除死刑的程序。而死刑核准权由最高人民法院统一行使是执行程序严肃化、科学化，使死刑复核程序能真正得到独立地实施。保证死刑案件的质量、落实死刑政策、减少死刑执行的相对数量的有效途径。因此，收回死刑核准权，从而减少、限制死刑是最终废除死刑的前奏，是其必然发展过程。

（二）收回核准权有利确保案件的正确性

辩证唯物主义认识论认为，任何事物都涉及现象与本质这对范畴，它们

①参见周凯军、颜林波：《死刑复核程序现存问题之分析及其展望》，《中国刑事杂志》2000年3期，第71页。

两者并不统一。认识的目的在于透过现象揭示本质，但这个认识的过程，即“从生动的直观到抽象的思维”的过程，并非一蹴而就的，它是发展的、复杂的。在刑事诉讼中，为求案件特别是死刑案件的客观真实，就必须按认识论的原则设计程序。死刑复核程序的设计正体现了这一原则要求。死刑案件除接受普通程序的认识外，还必须按照复核程序进行深层次的认识，这样有利于确保案件的正确性。而核准权的下放，使部分死刑案件的二审程序和复核程序合二为一，实质上也就是取消了对这部分案件进行深层次的认识过程。这与死刑案件复杂性决定了其需要深层次认识、以确保其客观真实的逻辑要求相违背。在最高人民法院以往核准的死刑案件中，纠错、改判的比率相当高，这说明，死刑核准权的下放，不利于从严控制死刑的适用面，收回死刑核准权有利于保证和提高死刑案件的办案质量。刑罚是工具性与目的性的统一，刑罚存在的根本目的不在于纯粹对罪犯的惩罚，而在于通过对犯罪行为的惩罚，促使人们合理地选择适合益于社会发展的行为。刑罚某种程度上乃是社会秩序形成的指示灯，无论执行正误，指示作用均客观存在。因此，只有提高刑罚的正确执行率，避免法律的错误导向，规范出合理的社会秩序，才能最大发挥刑罚的社会效益。所以，为了刑罚的公平、正义和良好的社会效益，必须收回死刑核准权。

（三）收回核准权有利于实现司法公正

司法公正包括程序公正和实体公正，核准权的下放产生的弊端和存在问题均不利于这两个公正的实现。首先，二审和复核程序合二为一，使死刑的正确性少了一道程序保障，并且是一道高层次的程序保障，这在一定程度上影响了实体公正；其次，两道程序合二为一，不严格按程序审理案件，它本身就是程序不公正的表现；再者，核准权的下放造成了死刑犯在法律面前的不平等。由于最高法院只保留危害国家安全及贪污贿赂等严重职务犯罪案件的死刑核准权，犯此类罪的死刑犯能得到最高人民法院核准死刑，但是杀人、抢劫等死刑犯却只能由省一级法院核准死刑，这就似乎显得前者的“待遇”更高一些。此外，死刑标准在各高级人民法院把握不一，造成被告人之间适用标准的不统一，在这个省不判死刑的人，换到另一个省却要判死刑，这也是不公正的体现。当初，死刑核准权的下放，是为了适应“严打”的需要，从重从快地打击犯罪；在司法公正和刑罚效益（即程序经济性）之间，作了“本末倒置”的选择。但是，特殊情况只是暂时的，我们不能一直特殊下去，否则，就不能成为特殊了。司法公正是我们追求的永恒的正义。与程序公正性和结果公正性相比，程序经济性毕竟属于次一级的价值标准。因

此，我们不能总是为了提高审判活动的经济效益而不惜牺牲正义的实现。换言之，在正义与效益两种价值之间，正义是主导，是潮流；在绝大多数情况下，只有在正义得到实现的前提下，才能言效益。为了司法公正，必须收回核准权。

（四）收回核准权符合当前历史时期特点的要求

20 世纪 80 年代初核准权下放的特定历史环境是“文化大革命”刚刚结束，政治、经济体制浩劫未复，从人的思想意识到日常生活的行为习惯，从制度规定到各项工作具体执行均缺少规范化、科学化的标准。为了迅速整肃混乱局面，消除社会危害因素，平稳完成由乱到治的转折，而将死刑核准权下放，其中有从严、从重、从快的目的性因素。而在今天，市场经济体制的目标已确立，政治体制改革不断推进；虽然在体制转轨中，犯罪现象更加复杂化、经济化，甚至严重化，但国家运转已进入科学、规范、文明的时期，法治与人权已是国家和社会的两大目标。因而，死刑这一决定人的生命权特殊的刑罚必须要求一个统一的标准和一套严密的程序。所以，随着社会的发展，要求死刑核准权下放的社会基础已发生变化，其“历史使命”已完成，市场经济、法治社会要求死刑核准规范化、科学化，要求死刑核准权统一由最高人民法院行使。

既然死刑复核程序背离了其设置的初衷，陷入了尴尬的境地，那么如何进一步改造和完善死刑复核程序呢？笔者认为，从我国目前尚存在相对数量的死刑罪种的实际考虑，完善死刑的复核程序应把握如下几点：

1. 收回死刑核准权，尽量统一死刑适用标准，进一步限制、减少死刑。从现代世界范围关于死刑问题的发展趋势来看，限制、减少死刑直至最后废除死刑已是大势所趋。在改革开放和我国各项规章制度日益与国际接轨的今天，收回死刑核准权无疑也具有这样的功效。同时，通过以上的分析，我们得出结论：废弃“两级核准制”，收回死刑核准权是理性的必然选择，是落实现行法律规定，让法律归位的问题，而不是司法体制上的创新和改革。这样做既可以增加死刑复核程序的严肃性和权威性，更好地贯彻我国“少杀、慎杀、防止错杀”的死刑政策，也可以统一死刑的适用标准，保证死刑案件的质量。只有实现死刑核准权的真正回归，才能从根本上改变目前死刑复核程序的现状。因此，我们建议全国人大常委会修改人民法院组织法或者由最高人民法院作出新的司法解释，明确规定今后各高级人民法院不再享有死刑案件的核准权，而只能由最高人民法院进行核准。

2. 检察机关、被告人及其辩护人目前还不宜参与死刑复核程序。有些

学者认为，为了充分保护公诉人、被告人、律师的诉讼参与权，应当直接取消死刑复核程序，并规定死刑案件（不包括死缓案件）实行三审终审，作为我国二审终审制的例外。从应然的角度看，笔者也赞成对死刑案件实行三审终审，让检察机关、被告人及其辩护人参加法院的复核过程，让他们再一次对案件事实和证据进行陈述和辩论，使法院、检察机关以及被告人提前发现“停止执行的情形”，对最大限度地防止错杀、确保死刑案件的质量，具有重要意义。但从实然的角度看，目前，死刑复核程序仅是人民法院实行内部监督的一种程序，并不是独立审级，复核时可以提审被告人，但仍应以书面审查为主，难以做到一一开庭审理。因为目前我国还保存一定数量的死刑，法官人数有限，所有死刑案件都集中最高人民法院复核，且都进行庭审辩论，进行实质上的三审是不切合现实的，必然会造成诉讼拖延、成本剧增的后果，有违程序效益原则。因此，目前先收回死刑核准权，仍以书面审查为主（必要时也可提审被告人），待全国限制、减少死刑达到一定的程度以后，再取消死刑复核程序，而实行死刑案件三审终审制。

3. 最高法院应当设立巡回派出机构，专门负责各大区的死刑复核。如果全国的死刑案件都集中最高人民法院核准，将会出现如下一些负面效应：一是死刑案件方面的矛盾将全部集中最高人民法院，受害人、被告家属、亲友以及社会舆论将更加关注最高人民法院，来信、来访及各种缠诉将会更多，在客观上给最高人民法院增加巨大压力。这些矛盾分散到各个大区，由各个大区分别承担解决，比矛盾集中北京，由最高人民法院独自承担解决要更为高明和策略。二是中国有 960 万平方公里的国土，人口 13 亿多，东西南北经济发展水平差异很大，人们的法律意识和对案件的评判标准截然不同。尤其在当前人们对死刑的威慑作用还过于迷信的情况下，最高人民法院能否把握和如何把握死刑适用的统一标准，也面临着巨大的难题和压力，稍有差错就会直接站在风口浪尖上，成为公众舆论的众矢之的，使整个法院系统毫无退路，有损最高人民法院的形象和威望。三是在限制、减少死刑，逐步废除死刑的世界潮流面前，在最高人民法院集中那么多的人力物力专门核准死刑，也必然会带来不少非议和质疑。因此，笔者认为，最高人民法院设立死刑复核机构，可以参照银行系统改革的做法，按大区设立派出机构，① 负责原来授权各高级人民法院核准的死刑案件。最高人民法院除了负责核准

① 参见李汉昌、章青山：《关于我国死刑复核程序的检讨》，《法商研究》2000 年 2 期，第 85 页。

原来由其核准的死刑案件外，还担负着总结交流死刑审判、核准经验，制定死刑适用统一标准等任务。各巡回庭是最高人民法院的派出机构，不受地方的制约，它们由最高人民法院监督、管理，并对其负责。最高人民法院可以从各高级人民法院抽调法官，或选拔法学界专家，由他们来组成巡回法庭，以解决缺少法官的实际问题。巡回庭在进行复核时，应实行全案审查复核的原则，可以听取二审合议庭的汇报，听取辩护律师的意见，也可以直接提审被告人，但一般以书面审查为主，而不开庭审理。这样，可以使死刑复核审程序得以真正独立，起到保证死刑案件质量的最后一道屏障的作用。

需要全本请访问 www.ertongbook.com