

北大刑法博士文丛(1)

B E I D A X I N G F A B O S H I W E N C O N G

陈兴良 总主编



BEI DA XINGFA BOSHI WENCONG

赦免制度研究

◎陈东升 著

SHEMIAN ZHIDU YANJIU



中国人民公安大学出版社

北大刑法博士文丛 (1)

陈兴良 总主编

赦免制度研究

陈东升 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

赦免制度研究/陈东升著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 10

(北大刑法博士文丛; 1/陈兴良总主编)

ISBN 7-81087-853-0

I. 赦... II. 陈... III. 特赦—司法制度—研究—中国
IV. D924.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 084225 号

赦免制度研究

SHEMIAN ZHIDU YANJIU

陈东升 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
经 销: 新华书店
邮政编码: 100038
印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 10 月第 1 版
印 次: 2004 年 10 月第 1 次
印 张: 10.25
开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32
字 数: 257 千字
印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-853-0/D·641

定 价: 21.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

总序

《北大刑法博士文丛》即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订以后予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1990年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的《北大刑法博士文丛》是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是新标立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我以为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他/她的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他/她的最后一本甚至是惟一的一本个人专著。因此，包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版本人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。不是么？

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004年6月20日

这是一本讲述为什么应当宽恕犯罪和如何宽恕犯罪的书，也许在报应主义者和主张严刑峻法者看来显得不合时宜。但是，应该看到，犯罪和反犯罪是人类社会中人与人之间一场悠久的冲突和斗争；而人类文明的进步史，却是宽容异端和怜悯弱者的历史。在大力推动社会主义政治文明建设的今天，赦免制度代表了刑事政策的轻缓化，体现了法律民主化的发展，在遵从依法而治的宪政理念的同时，突出了以德而治的仁政思想，集中凸显了依法治国和以德治国的结合，为社会主义政治文明和司法文明拓展了新的领地。

“仁者爱人”。我们每个人的双手都握着复仇的利剑，同时也握着象征宽容与和平的橄榄枝。请用博大的胸怀感知严法蕴涵的良善，用宽容的心灵倾听罪人痛悔的心声，如果我们握有复仇之剑的手松动一些，那么，整个社会就能把宽容与和平的橄榄枝握得更紧！

—— 题记

序

陈东升的博士论文即将由中国人民公安大学出版社出版，邀我为之作序。他的这篇题为《赦免制度研究》的博士论文是在我指导下完成的，因而为之写序也是义不容辞的。为写本序，我又把这篇博士论文重新读了一遍，有些感想写在这里，权且为序。

赦免是一个小问题，还是一个冷门话题，而且其学科归属本身也存在疑问。因此，当初我提议陈东升以赦免作为博士论文选题，在开题报告过程中，已经过世的杨春洗教授是有些异议的。杨老师提出，赦免似乎更像一个宪法问题，而不是刑法问题。好在杨老师宽容，这个选题也就这样定下来了。

我之所以提议陈东升以赦免制度作为博士论文选题，还是有我的考虑的。陈东升在我所招收的博士生中是最为特殊的一个，他本科和硕士研究生教育阶段都是在华中师范大学学习教育学，在教育学方面颇有造诣，并且与其导师一起出过专著。教育学硕士毕业后分配到中国人民公安大学从事教学和管理工作的，由此而与法律有了关联。陈东升是一个有心的人，也是一个好学的人，他感到在公安部门工作，不懂法律是不行的。于是，他开始边工作边自学法律。学习告一段落后，产生了报考刑法学专业博士生的想法。我对招收学生并无特殊要求，一个朴素的想法就是“不拘一格选人才”。当然，像陈东升这样没有任何法律的学历就来报考刑法学专业博士生，我还是不无疑虑的。因为博士生入学考试的专业试题还是很难的，没有经过严格的专业训练，恐怕难以通过。没想到，陈东升居然顺利通过了博士生入学考试，这

样就招收入学了。由于陈东升是在职学习，本身法律的底子就不太好，本职工作又那么忙，博士课程的学习不能不受一定的影响。对此，我是有些担心的。一晃三年过去了，我提议选择赦免这个冷门的题目作博士论文，是期望他在这个多学科交叉地带有所突破。当然，冷门课题自有冷门课题的难处。正因为冷门题目生僻，涉猎的人少，因而资料难收集，可供借鉴的东西也不多。陈东升不畏艰难，广泛收集关于赦免的资料，“小题大做”，以赦免这样一个平时少有人论及的问题洋洋洒洒写出了二十余万言，这是出乎我的意料的，也充分证明了陈东升的学术实力。作为导师，我为之高兴。

赦免，之所以是一个生僻的话题，主要是因为立法与司法两个方面，赦免都受到了前所未有的冷落。在中国古代封建社会，赦免常见于史书。古代典籍中多有“大赦天下”的记载，表明赦免是封建统治者缓解社会矛盾的一种政治措施。因而新皇即位或者出现特殊天象时（天象实际是民情的一种反映），往往赦之。赦，释之也。以赦而获取民心，非仁慈，自有其功利之所在也。只有推行苛法的秦始皇，如同《史记》所载：“刚毅戾深，事皆决于法，刻削无仁恩和义，然后合五德之教。于是急法，久者不赦。”其结果，秦二世而亡。虽然封建王朝的存亡并非由行赦与否而决定，但政治经验丰富的封建统治者往往将赦免作为一种治理方法，使之有助于巩固统治。由封建统治的性质所决定，当时的赦免不可避免地带有有人治的色彩。在一个法治社会，还要不要实行赦免制度？对此，贝卡里亚是予以否定的。在论及恩赦时，贝卡里亚指出：“仁慈是立法者的美德，而不是执法者的美德；它应该闪耀在法典中，而不是表现在单个的审判中。如果让人们看到他们的犯罪可能受到宽恕，或者刑罚并不一定是犯罪的必然结果，那么就会煽惑起犯罪不受处罚的幻想。既然犯罪人可以受到宽恕，那么，人们就认为：无情的刑罚不是正

义的伸张，反而是强力的凌暴。如果君王把恩赦即公共安全赐给某个人，并且这种不明智的私人仁慈行为成为了不予处罚的公共法令，那么，我能说什么呢？”^①当然，我们必须注意，根据贝卡里亚的观点：只有刑罚严酷，才需要恩赦。而随着刑罚变得日益宽和，恩赦才不那么必要了。对此，边沁也有过深刻的论述：“如果法律太严厉，赦免权就是一个必要的矫正，但是，这一矫正，本身又属于一种恶。已被制定好的法律将不需要有一根宣告自身无效的魔杖。如果刑罚是必要的，那就不应该被减少；如果刑罚是不必要的，那就不应该对犯罪人适用。”^②如同贝卡里亚一样，边沁也是一个立法上的完美主义者，总是认为可以制定出一部宽严适当的理想的刑法典。在这种情况下，赦免当然是没有存在的任何必要。但立法并不总能如人所愿，因此，即便是在一个法治社会，赦免仍然有其存在的正当理由。李斯特就阐述了赦免的刑事政策意蕴，指出：“赦免的目的在于，相对于法律的僵化的一般性，提出公平要求（但总是有利于被判刑人，决不会反过来）；它还可以纠正（事实上的或被认为的）法官的误判，或者达到刑事政策上之目的。”^③我以为，李斯特对赦免的理解是更为深刻的。我国目前在法律上，只有宪法与刑法涉及赦免这个概念。《宪法》第67条规定，决定特赦是全国人大常委会的职权。第80条规定，发布特赦令是国家主席的职权。《刑法》也只是在关于累犯的规定中，提及“赦免”这个词。可以说，

① [意] 贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国方正出版社2004年版，第99页。

② [英] 边沁著：《立法理论》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社2004年版，第409页。

③ [德] 李斯特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第487页。

赦免制度研究

我国法律对于赦免既无实体规定又无程序规定，赦免是法外之物，完全被边缘化了。从实践的角度来看，我国只是在 20 世纪对有关战犯实行过七次特赦，这种特赦与其说是一种法律行为，不如说是一种政治举措。从这个意义上说，我国从来没有实行过法律意义上的赦免。

当前，我国处于“严打”的态势之下，对于普通刑事犯罪的赦免当然是不可能提上议事日程的。即使是对民营企业企业家所谓原罪的赦免，也是一个敏感的话题。可以说，在一个缺乏宽容的社会，赦免是难以实行的。这里的宽容，既包括政府的宽容，又包括民众的宽容。因此，没有宽容，也就没有赦免。我国社会宽容之欠缺，是长期以来阶级斗争之类极左思潮的余毒以及极端政治的恶果，与法治文明是格格不入的。对此，不能不令人忧心。我高兴地看到，陈东升通过对赦免的研究，达到了相当高的思想境界，以下这段话即是明证：

现代赦免制度，这个源自民主宪法，遵从法治原则，折射着人性光辉，饱含着人道意蕴的刑事政策，正是人们秉持善的冲动、追求法的实体公正和人文品格的天才创设。赦免制度通过以宪法为法律依据，以民主、法治为基本规则，以尊重和保障人权为价值导向，在犯罪人和国家之间构筑起了一个人道而又理性的屏障与庇护所，从而在现代宪政体制中扎下了根基。可以说，承认赦免的独特价值并适时实施赦免，是一个国家法治进步的标志，是人权保障的表征，是政治体制和刑事司法制度成熟而自信的体现。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2004 年 2 月 11 日

引言：一个不被重视的话题

您是否有过殚思积虑，
而不想陷入矛盾？

——亨利克·易卜生

一个人犯罪后罪刑是否消灭，取决于有无特定的刑罚消灭事由，只有某种特定的事由出现，刑罚权才归于消灭。在刑罚消灭的诸多事由中，赦免权的行使与刑罚时效完成并列为其中最为主要的类型。^① 赦免在古今中外的政治法律体制中都存在，原本是君王的一种恩赐制度，是君权的重要组成部分，随着时代的发展逐渐演变成为国家用以调节利益冲突、平衡各种社会关系、救济法律之不足的一种有效的刑事政策。

现代意义上的赦免制度，通常是指国家元首或最高权力机关以政令或法案方式颁布的免除或减轻犯罪人罪刑的一种制度，多由宪法或者宪法性法律进行规范，有学者也由此认为赦免制度研究是一个宪法学的问题。应该看到，赦免制度适用的前提是犯罪和刑罚的存在，没有犯罪和刑罚就不存在赦免问题；同时，赦免制度适用的对象是犯罪人，赦免的法律后果涉及犯罪人罪与刑的消灭或变更，总是国家追诉权、量刑权或者行刑权等刑罚权某一具体权能的丧失或者降低，并对刑罚的后遗性效果产生影响；此

^① 黄村力著：《刑法总则比较研究》（欧陆法比较），台湾三民书局1996年版，第427页。

一、中国古代赦免制度与理论源流

(一) 中国古代赦免制度简况

中国古代的赦免制度源远流长，陈陈相因，在制度设计之精巧、法律规定之齐备等诸方面，都堪称古代世界所仅见，为我国现代赦免制度发展和法制建设留下了一笔宝贵而丰厚的法律文化的“本土资源”。

1. 赦免制度的起源和早期发展

(1) 赦免的起源辨考。

关于“赦”的起源，学术界有三种代表性的观点：

第一种看法认为赦免开始于周代，其主要的考证依据是《易》中关于“赦过宥罪”的论述。^①《易·解卦》说：“象曰，雷雨作，解。君子以赦过宥罪。”此句以雷雨作譬喻，指对于过失犯罪可以赦免，对于故意犯罪则只能给予宽宥。赦与宥的含义区分很严格，赦是放免之义，而宥则是减轻。《疏》解释说：“赦谓放免，过谓失误，宥谓宽宥，罪谓故犯。过轻则赦，罪重则宥，皆解缓之义也。”宋代理学家程颐之《传》认为：“天地解散而成雷雨，故雷雨作而为解也。赦，释之。宥，宽之。过失则赦之可也，罪恶而赦之则非义也，故宽之而已。君子观雷雨解之象，体其发育则施恩仁，体其解散则行宽释也。”明代法学家邱濬指出：“按雷雨作解，君子以赦过宥罪，盖言

^① 《辞源》即持这种观点，见《辞源》（第四册）该词条，商务印书馆1983年修订第1版，第2980页。此外，清代法学家沈家本似乎也持这种观点。虽然沈家本未明确提出赦之起源，但其在《原赦》文中开篇引用的便是《易》，只是在辨析邱濬关于“罪”的含义时才引用了《舜典》，而《舜典》所记载的历史时期又早于《易》。见沈家本著：《历代刑法考》（第2卷），中华书局1985年版，第521页。

之间的联系，这是否违背了罪刑均衡原则，并进而有悖于刑事法治和宪政制度的要求？宪法和刑法密切相关，不仅在于宪法是刑法和一切法令之母，还在于两者在保障人民权利上的共同追求；^① 赦免究竟有益于保障人权还是对人权保障的破坏？宪政制度和刑法学发展到今天，确有必要从宪法学、刑法学和刑事政策学等多学科融合的角度，在赦免制度这片既在刑法之中，又在刑法之外和刑法之上的多学科交叉地带，对赦免制度的诸多理论与实践问题进行理性的分析和深入的思考。

^① 林纪东著：“宪法与刑法”，载《宪法论集》，台湾东大图书公司1992年版。

总序	陈兴良 1
序	陈兴良 1

目 录

引 言：一个不被重视的话题	1
第一章 历史定位：中外赦免制度考略	1
一、中国古代赦免制度与理论源流	2
二、西方早期的赦免制度与理论源流	50
第二章 现实定位：中外赦免制度简况与特色	74
一、我国近现代赦免制度概况	74
二、国外现代赦免制度及主要特点	93
第三章 理论定位：现代赦免制度的本体研究	111
一、现代赦免制度的主要类型与特点	111
二、赦免制度的属性	138
三、赦免制度的程序与运作	149
四、赦免制度的适用范围	156
五、赦免制度与其他刑法制度的交叉适用问题	178

第四章 政策定位：现代赦免制度与刑事政策·····	195
一、赦免作为一种社会存在的正当性根据研究·····	195
二、刑事政策学视野中的赦免制度利弊分析·····	229
第五章 走向未来：宪政建设背景下的中国赦免 制度发展·····	256
一、我国当前应实施赦免制度的根本依据·····	256
二、发展和健全我国赦免制度的思考与探索·····	261
结 语：远未结束的探索·····	292
主要参考文献·····	296
后 记·····	305

第一章 历史定位： 中外赦免制度考略

诚如奇迹打破了物理世界的规律，仁慈则是法律规则世界之内打破规律的奇迹。在仁慈那里，异法的价值领域——宗教仁善价值和道德宽容价值突入法律世界的内部。在仁慈那里，面对法的全面的理性化要求，和亲可爱的偶然性必定提出自己的要求。如尼采所言，那个“偶然”，它必定是世界的最古老的贵族。

——古斯塔夫·拉德布鲁赫

德国哲学家康德曾经说过：“人类理智多少世纪以来已经用各种方式思考过了数不尽的东西，而任何一种新东西都几乎没有不旧东西相似的。”^①现代赦免制度虽然形式、内容各不相同，方式、方法多种多样，但却无一不由古代赦免制度承接、发展而来。对古代赦免制度的历史沿革进行简要回顾，有利于我们从新与旧的对比中正确认识赦免制度的源流，把握赦免制度的属性，为现代赦免制度和赦免理论的发展确立准确的历史定位。

^① [德] 康德著：《任何一种能够作为科学出现的未来形而上学导论》，庞景仁译，商务印书馆1978年版，导言之第3页。