

死刑刑事政策

近代以来死刑立法的变迁

SIXING XINGSHI ZHENGCE

陆侃怡 著



中国政法大学出版社

死刑刑事政策

近代以来死刑立法的变迁

SIXING XINGSHI ZHENGCE

陆侃怡 著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

死刑刑事政策：近代以来死刑立法的变迁/陆侃怡著. —北京：中国政法大学出版社，2015.5

ISBN 978-7-5620-6064-2

I. ①死… II. ①陆… III. ①死刑—刑事政策—研究—中国 IV. ①D924.124

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第092859号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 7.5
字 数 180千字
版 次 2015年5月第1版
印 次 2015年5月第1次印刷
定 价 26.00元

序/PREFACE

对我而言，完成本书着实不易。首先是需要大量的实证调研数据。为此，我前往南方的某重刑犯监狱，与八千名服刑十年以上的重刑犯人共同生活了近半个月。在这半个月中，我通过与犯罪人的交谈、观察他们的起居饮食等逐步了解了服刑人员在监狱中接受改造的真实情况，也通过在监狱方面展开座谈、查看监狱的一些基本规定等了解了监狱管理的基本特征。这些都是我无论泡多少图书馆、查阅多少资料都无法了解到的。经过这次调研，我对我国目前的死刑制度尤其是死缓制度有了一个初步的了解。理论与实践的矛盾在刑罚的执行领域表现得十分充分。一方面，我们高坐在教室里畅谈未来中国的法律蓝图，认为西方各种优秀的制度似乎都应当在一夜之间被移植到中国，我们照本宣科地阅读着教科书上关于死刑在哲学层面上的含义，甚至可以为此发生激烈的争吵，设计着各种自认为完善而又科学的制度；另一方面，当我深入到基层一线，与那些并没有受过多少法学正统教育，却半生都在与罪犯打交道的人一起交谈、生活后发现，其实在中国或者在世界上任何一个国家，良好制度设立的空间都是非常有限的。一个看似良好的制度，可能因为资金等问题的出现而发生变形，最后不但无法达到原来的效果，甚至会带来更大的反效果。为此，当我们以用四年甚至更多时间学到的理论知识去理解或者设计中国未来的某种制度时，

我们首先应当想到的应当是现实的情况是什么？我们又能为这个制度的存在提供多少资源？而这些都是仅仅依靠书本所能够获取的。

随着对法学学习的愈发深入，我越来越能感受到法并不是万能的。从本质上来说，“依法治国”应该是人类社会管理的一种智慧总结——这是西方发达国家在崛起的过程中无数次验证过的。但是从另一个方面看，暂且不论东西方之间发展的不同，法律能够产生，并且能够在整个社会实现一种良性的运转，这背后本身就需要整个社会支付巨大的成本：完善的法学教育、精英式的法学家集团、复杂而又精巧的纠纷解决机构、数量庞大的法律职业团体、完备而又合理的法律规范、快速反应的突发应对能力等等。而任何一项都不是短期之内可以积累完成的。但是现实残酷的地方就在于，缺失任何一项，整个法律体系的运转都会出现问题。所以，从这个角度来看，法律是一种高效、脆弱的治理工具，它是人类发展到一定阶段才能实现的“奢侈品”。为此，我特地在结尾部分提出了我对于法律治理的一些感悟：在中国这样一个缺乏西方法律精神与传统的国家里，当我们面对着历史的转型时期，究竟该如何看待和理解法律治理的基本要求和效果，对我们在宏观上实现依法治国的布局具有重要的参考意义。

本书以很大的篇幅叙述并且讨论了我在重刑犯监狱对死缓服刑人员的一些调研情况。这不仅仅是针对重刑犯人本身，也同时关注着中国监狱运行的某些问题。这些问题既与中国死刑制度本身有关，也与中国实现已久的死刑政策有关，还与中国目前形成的立法、司法、执行三个环节权力运行的特征有关。故作为中国最有特色的制度之一，死缓制度凝结着法律与政策的双重含义，更是近些年死刑废止背景下，死刑执行控制的重要

“阀门”之一。为此，对于死刑、死缓制度的关注是本书论述的重点之一。

死刑刑事政策可以被认为是刑事政策的下位概念。虽然刑事政策本身也是近些年才被提出的法学概念，但是就实践而言，中国历史上对死刑制度的完善从来都没有停止过。中国传统社会很早就出现了死刑复核制度，以此与其他程序相区别，这个传统在现在的诉讼程序中仍然可以找到踪影。中国是一个不精于理论总结但是擅长经验总结的国家，所以制度的创立往往先于理论的创新。中国近代以来虽然政治不够稳定，但是就法律的发展程度而言却是飞跃的。为此，无论是国民党政府，还是共产党政府都在实践中形成了一套相对完善的死刑制度。这个制度的背后不仅仅是法律技术的总结，同时也是国家政治治理之下的一个不可或缺的一环，尤其是在意识形态斗争激烈的环境下，其凝结着法律与政治的双重含义而成了一种死刑刑事政策的表达。为此，我在本书的后半部分着重用史料描述了国民党政府以及根据地时期的死刑立法的基本概况。近代以来的死刑立法中的许多技术、价值、制度等方面的要素都可以从当下死刑制度（包括死刑制度）中看出端倪。

本书主要采用了实证调研的数据，同时也有大量史料的梳理和总结，理论的深度在一定程度上难免有所欠缺，并且章节之间的主题过渡也会显得比较突兀，全书多少会显得散乱一些。这些也是我以后需要不断完善、修改的地方。

目 录/CONTENTS

序	1
导 论	1
第一节 研究的缘起	1
第二节 研究现状与文献综述	2
第三节 研究方法、知识创新	8
第一章 当代死缓制度的困境——对南方某监狱实证 考察报告	9
第一节 引言	9
第二节 服刑人与管理人员——矫正与管理	10
第三节 理想与现实——文本与实践	31
第四节 小结	50
第二章 清末法律改革中的死刑立法	51
第一节 背景：领事裁判权——一种“新国家”的权力	51
第二节 分析框架	55
第三节 死刑改革的大致经过	59
第四节 小结	82
第三章 国民党政府时代的死刑立法	85
第一节 引言	85

第二节	社会背景	86
第三节	法律背景：特别法的泛滥和党义化	91
第四节	酌加酌减——死刑减等技术的回归	98
第五节	刑事政策下的死刑立法局面——以特别法为考察对象	113
第六节	以党治国——一种历史的必然	139
第四章	共产党时代的死刑立法	148
第一节	引言	148
第二节	革命根据地时代的死刑立法	151
第三节	死缓制度的诞生——新中国成立初期死刑刑事政策的体现	184
第五章	结 尾	194
第六章	附 录	209
	监狱管理人员对于死刑缓期两年执行制度的看法调查表	209
	服刑人员对于死刑缓期两年执行制度的看法调查表	214
	参考文献	218
	后 记	228

导 论 / INTRODUCTION

第一节 研究的缘起

对本书主题的研究其实是一个逐步积累的过程。首先，出于一个偶然的机，我到南方某重刑犯监狱去做了一个关于死缓制度的实地调研。原本主要是想要调研死缓服刑人员在实践中矫正的效果究竟如何，但是经过长时间的接触，包括与服刑人员以及监狱管理人员的各种方式的接触，我发现了比死缓制度的实践改造效果更加有意义的观察对象。为此，我改变了原来的计划，将观察的范围不断扩大，使得研究对象包括了对服刑人员基本管理制度的考察以及监狱管理人员对当下死缓制度的一些看法等内容。最终的结果出乎我的意料，死缓制度尽管在理论上存在着美好的设计，但是在具体的执行环节却出现了许多问题，而这些问题既有死缓制度本身设计上的缺失，也有基本刑事政策变化下的种种不适，更有立法、司法、执行三个环节在衔接配合上的错位。对此，我开始思考，一个好的制度从设计到出台再到执行绝不应仅仅局限于法律技术的本身，其更需要有其他各种条件的配合。

笔者一直关注中国的死刑问题，并且出于法律史专业的背景，我往往会不自觉地观察的视角放宽，总想能够有机会进

一步梳理中国历史上的死刑立法乃至相关制度。正如我认的，死刑制度绝不仅仅局限于法律的范畴，而是交织着法律与政治的一种刑事政策——它会随着政治治理的需要而不断调整。由此，观察近代以来中国各种政权的死刑立法就能看到因为时事变迁而形成的各种不同的死刑制度。正如死缓制度本身有着“安全阀”的作用，它集中体现了“中国式”死刑控制的立法技术与立法理念，是死刑刑事政策最为敏感的表达，为此，我将从死刑的近代立法中寻找那种传统式的“世轻世重”的刑事政策的影子。本书关于的刑事政策下的死刑立法既包含实体又包含程序，既有罪名的梳理，又有死刑执行方式的变化。

第二节 研究现状与文献综述

由于本书处于法制史和刑法专业的交叉领域，故文献主要来自于法制史、刑法、法理以及部分社会学的内容。

（一）法制史领域

该领域主要需要论述的是：（1）近代相关的死刑法律思想；（2）宏观上考察死刑立法所在的历史背景，尤其以法律环境为重点。

胡兴东的《中国古代死刑制度史》主要以数据整理的方式，以通史的面貌梳理了中国古代的死刑制度。这包括了实体和程序的具体制度，立法、司法乃至执行的种种情况。其中有关清代后期死刑立法的总结，可以成为本书制度史料的初步参考。该文总结了死刑理论和实际执行的差距，从而得出其本身即为“死刑控制的一种表现”。该结论可以作为本书讨论近代死刑立法的大致背景。清末沈家本的《历代刑法考》以细致考据的方式论述了中国古代种种制度的来源并作了点评，是一部集大成

的刑法史料，故对于本书中与若干刑罚种类的渊源有关的追溯有很大的借鉴意义。就断代史而言，从郑秦的《清代司法审判制度研究》、瞿同祖的《中国法律与中国社会》等都可以找到部分有关于死刑立法的侧面或者正面的介绍。荷兰学者冯客在《近代中国的犯罪、惩罚与监狱》中从法理、法制史、监狱史等各种角度论述了中国近代以来的监狱制度改革，以及刑罚执行上的变迁。其中大多以一手资料的方式展现当时的状况，而不是用官方的正式材料。这样的展示显得生动细致，但是就全文来看又稍嫌散乱，前后逻辑不够严密。但重要的是，它的内容横跨了法学、社会学等多个领域且充分调动了各方资源，对本书研究方法的选择具有借鉴意义。

苏风格的《明末清初法律思潮研究》中颇有涉及明代法律思想对近代法律思想的影响的内容，从中可以看到在近代中西法律思想交汇的时候，社会精英们也意图在传统资源中找寻力量的，以及他们对于西方众多法律制度、思想学说的选择。学者贾国发所著的《清末民初法文化流变》对近代的各个重要的文化、政治精英的法律思想进行了梳理归纳。在我国台湾学者马汉宝所著的《法律思想与社会变迁》中，于第六章侧重描写对国民党民国时代所受的西方各种法学思想的影响，以及对民国宪法的制定的影响；第十一章到十三章则侧重描写近代庞德的思想对于民国宪法的影响，从中可以窥视近代中西方法律的某种关系：虽然更多地反映在宪法层面，但是作为宪法“执行法”的刑法也同样可能分享着近似的价值观。张中秋教授所著的《中西法律文化的比较研究》则从东西方法律起源的不同为始端，梳理了东西方法律在文化属性、宗教伦理、学术、精神，以及最终的价值取向上的不同和暗合。虽然该文并没有特别地注明对死刑文化的比较，但是其在形而上层面的比较却可以成

为本书在比较形而下的制度时的一种参照。日本学者大木雅夫所著的《东西方的法观念比较》围绕西方社会法和权利的概念，对西方各国（英格兰、法国、德国）的基本法治观念作了梳理，并且以“远东”的地域概念对传统中国和日本的法观念作了大致的介绍。其中，对中国传统的审判制度在清末遇到近代化改革的某些细节作了分析，特别是对民事诉讼的调停与新诉讼制度的关系和变化作了说明，以此从侧面展现出中国传统法律在近代化过程中的不适与转变。该文对本书最大的作用在于我们必须抛开对于近现代优劣的价值判断，或者至少不是开始就判断，而需要更加客观地了解法律最本质的社会调节功能——这并不是一个简单的价值判断问题。

（二）刑法领域

需要的阐明的是：第一，当下死刑废除的进展情况，以及废除死刑运动背后的价值变化；第二，有关刑事政策的相关理论，以及它与文本刑法之间的关系；第三，刑罚配置的相关理论（尤其是在拥有多种类别的刑罚种类的情况下）；第四，死缓制度与死刑之间的某种依赖关系。

杨文革的《死刑演变要略》主要以通史的方式梳理了中西方从古代到近现代的死刑变化，并大致总结了死刑演化的几个特点和规律。张正新的《中国死缓制度的理论和实践》以理论和实证的方式较为全面地介绍了中国死缓制度的历史渊源、法律价值和基本制度，但是其中更多的是对一种制度的介绍，缺少对死缓制度的分析。英国学者罗尔吉·胡德所著的《死刑的全球考察》，以全球的视野介绍了当代世界各国死刑的不同情况和废除死刑的几种模式，但是并没有对不同的模式进行进一步的比较。陈兴良教授在《死刑备忘录》中已开始关注死缓本身的价值和死刑立即执行之间的关系，并单独论述了死缓的价值。

高铭暄教授的《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》以写实的方式记录了死缓制度从诞生到入典的部分情况，可以作为追溯死缓制度的一个基本背景。沈海平的《寻求有效率的惩罚》，用波斯纳的法经济学方法，以图表的形式分析了刑罚如何合理配置才可以最大程度的遏制犯罪，同时可以兼顾社会执行的成本。

以刑罚轻缓化为背景分析的主要有：李震的《刑罚轻缓化的文化分析》、高铭暄和曾粤兴合著的《刑罚体现社会伦理的基本途径》、李震和张玉成的《刑罚轻缓化的社会因素分析》等等。这些文章皆以宏观的视野从人性、社会经济等角度解释刑罚轻缓化的主流进化史。因此，我们可以借鉴它考察刑罚轻缓化的几个路径，包括文化路径。

对于死缓制度本身的争议自该制度出现以来就存在，虽然仍然以支持为主流，但是质疑、反对、建议改良的也开始日益有声：杨勇的《死缓本质新探——从死缓本身的法理逻辑矛盾谈起》以一个纯刑法技术的角度探讨死缓在执行中的种种问题，如新罪旧罪问题、数罪并罚问题等等，以此说明死缓这项制度在实践运用时的两难。富义和周林在合作的《死缓制度的法理探疑》中对死缓本身具有的适用模糊定义而令其存在违背罪刑相适应的刑法基本原则的风险表示了担忧，对死缓与死刑立即执行之间存在事实上的巨大差距以及死缓在实践中与无期徒刑有可能出现的轻重失衡表示疑问。

马松建所著《死刑司法控制研究》以实体控制和司法控制的两条主要路径来展示我国如何在具体的司法活动中严格控制死刑的做法，并将死刑政策的概念投入到废除死刑的背景之中，以刑法的法定性、谦益性、目的性、公正性为衡量指导的原则。同时作者也细致地按照刑法运作的环节，在定罪、量刑的问题上对于死刑的特殊性都进行了展示。杨宇冠教授在其主编的

《死刑案件的程序控制》中罗列了西方主要国家对死刑案件控制的程序性规定和做法，为本书考察其他国家的死刑立法的内容提供了部分的材料。梁根林教授所著的《刑事政策：立场与范畴》对刑事政策的本体论（渊源、地位、价值、与刑法关系）展开讨论，并提出了刑事政策的五个基本原则（法治原则、谦抑原则、人道原则、科学原则、教育改善原则），且在刑事一体化的视野中分析了刑事政策对于刑事立法技术和方法的影响。由马克昌主编的《近代西方刑法学说史略》以流派的分类方式梳理了启蒙主义刑事学派、古典刑事学派和近代刑事学派的基本理论和相互之间的交锋，对于本书把握近代以来西方刑罚学说的的发展程度具有重要的参考价值。但是该书更多的是以刑法理论的变迁为主线，探讨的是刑法内部的学说史，而我们更需要关注的是理论本身变动的社会因素和动力，以探讨其背后的价值。

（三）其他领域

我们需要：第一，沟通刑法专业和法制史专业的方法论；第二，对中西方之间的法律思维差异的考察，并以高度抽象的概念表达，而不仅仅停留在列举式的对比；第三，富有想象力的、跳出法律逻辑的对于刑罚变迁的观察，并寻求这种变化背后深刻的社会原因。

法国学者、思想家福柯在《规训与惩罚》中以一种全新的角度看待西方近一百年以来刑罚体系的重要变化，并且以一种高度抽象且富有想象力的形式将近代以来刑罚所处罚的对象概括为“由肉体转化为灵魂”，使得一种刑罚景观学得到转变，并且这样的变化并不是一种简单的法律建制，而是一个在政治有机体中不断变换的一环，其背后是一种权力模式的变化。马克斯·韦伯在关于中国社会《道教与儒教》的论述中以一种西方

文化中心的角度来评价中国传统的主流意识形态，并由此联系中国社会的独特法律制度和现象，把中国的法律思维和实体特征归于经验主义和实质正义，以此中国传统法律思维区别于所谓的法律思想发展的完满形式——形式逻辑主义。虽因有文化中心论的嫌疑而被中国学者反驳，但是不得不承认，韦伯所构建的几个高度抽象的模式具有极大的理论容纳空间。

左派作家金观涛在《兴盛与危机：论中国社会超稳定结构》（与刘青峰合著）以及《开放中的变迁：再论中国社会超稳定结构》（与刘青峰合著）中以一种阶层与意识形态的相互关系的方式分析，认为中国历代的社会都以意识形态的构建为弥合整个社会关系的根据，整个社会只是存在意识形态和由此指导之下的内容的替换而不是整体关系的打破，故当代社会如果要实现一种转型就需要从根本上摆脱这样一种有着巨大适应能力的社会稳定结构。而在另一著作中，他开始更细致地分析中国思想史的变迁，以此阐明中国最早的儒学并不具有构建社会稳定结构的能力，而是在吸收了佛道等多种思维后与政治结合，才实现了这样一种结构。近代的三民主义和毛泽东思想都是对传统理学的不同分支进行选择、吸收、融合的结果。

学者赵明所著的《近代中国的自然权利观》以近代的法律思想的变化为脉络，最终阐明了近代国家在国家正当性上的变化：其不再是礼仪道德，而是公民权利。虽然该文对于刑法问题并无直接涉及，但是都阐明了刑罚权本为国家权力的体现并由此需要遵循新的原则。

刘亚丛所著的《事实与解释——在历史与法律之间》是一本探讨法学方法论的著作，力图促成一种法学和历史两个研究领域的沟通和协作。该书作者认为当代中国法学发展甚至没有达到德国 20 世纪六七十年代的研究水平。其对史学研究的三大

领域（历史考证、历史编纂、历史解释与法学研究的三大领域法律编纂、法律解释和法律事实）进行了一定程度的对比，并将其抽象概括为对事实的认定、方法和效力的对比。具体而言，法律事实与历史事实的比较集中在认定、方法、效力上；法律解释与历史解释比较主要集中在功能、方法上；法律论证与历史考证的比较研究主要集中在目的和方法逻辑上。对于本书而言的研究方式（特别是如何用并不专业化的史实材料说明具有高度概念，乃至理论专业化的刑法问题）则需要一个转换的工具——这一转换工具需要能沟通在史料与专业术语背后的共同表述意义。

第三节 研究方法、知识创新

本书的主要研究方式为实证研究、法律逻辑推理和历史考据。

无论是刑法学，还是法制史，都没有在近代死刑立法方面有过专门的论述，特别是以一个刑事政策的角度进行深入到政治层面、社会层面的分析。相比之下，更多的研究只能作为废除死刑主题的背景资料。本书尝试用法制史的分析思路来回溯或者对照当下以死缓制度设计为核心的死刑刑事政策的表现。

当代死缓制度的困境 / 第一章

——对南方某监狱实证考察报告

第一节 引言

死刑缓期两年执行是最具有中国特色的制度之一。死缓制度从诞生的初期就具有浓厚的政治色彩，被视为一种刑事政策的体现，而不是正式的法律制度。经过一定时期的实践运行，直到1979年《刑法》才将其正式视为一种国家法律制度。死缓制度从诞生之初到现代，经历了许多制度上的调整。最近的一次调整发生在《刑法修正案（八）》：从执行上延长了死缓的执行时间并将死缓与普通的有期徒刑区分开来。当然，这得益于当下废止死刑的长远目标，死缓因此具有了死刑替代性功能。

我们可以在一定程度上认为，自从有了死缓制度，中国死刑制度调整的空间就变得开阔了，更多刑事政策的意图得以通过这个制度得到体现。为此，对于死缓制度的观察的意义就远远超出了法律制度本身。

当大幅度地削减死刑到了一个临界点时，如何令原本的刑罚不至于太过宽松而失去威慑力？这需要立法、司法乃至执法三个法律适用的基本环节的配合：立法领域需要对整个刑罚体系做相对的调整，让原本由死刑来承担的威慑力部分转移到其