



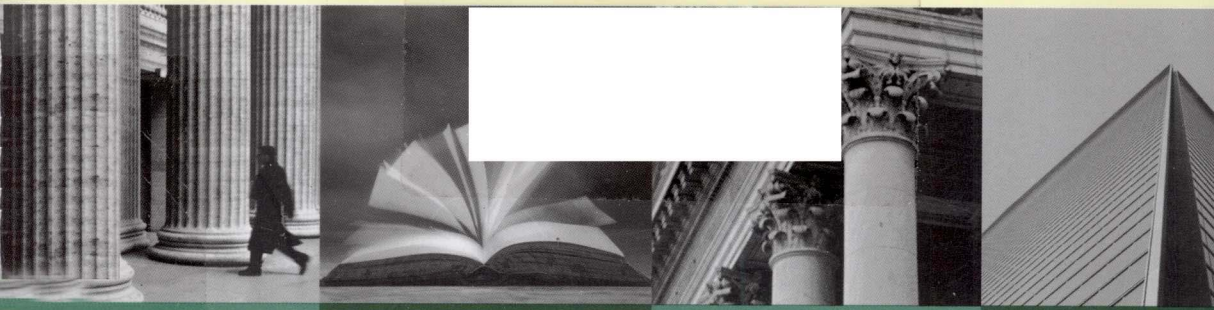
国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

死刑适用的原理与实务

SIXING SHIYONG DE YUANLI YU SHIWU

黄华生 舒洪水 著



中国人民公安大学出版社



国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

死刑适用的原理与实务

黄华生 舒洪水 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

死刑适用的原理与实务 / 黄华生, 舒洪水著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 10

(中国刑事法制建设丛书 / 陈国庆, 孙茂利主编. 刑法系列)

国家出版基金资助项目

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1044 - 7

I. ①死… II. ①黄… ②舒… III. ①死刑 - 法律适用 - 研究 - 中国

IV. ①D924. 125

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 235672 号

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

死刑适用的原理与实务

黄华生 舒洪水 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

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 10 月第 1 版

印 次: 2012 年 10 月第 1 次

印 张: 20.5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 402 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1044 - 7

定 价: 49.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安业务分社电话: 010 - 83905641

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

目 录

绪 论	(1)
第一章 死刑适用的历史和现状概览	(7)
第一节 死刑的历史兴衰	(7)
一、死刑的起源及其在古代的泛滥	(7)
二、近代以来的死刑限制和废除运动	(10)
三、死刑的世界性发展趋势	(14)
第二节 域外主要国家和地区的死刑适用状况	(15)
一、大陆法系国家和地区的死刑适用状况	(16)
二、英美法系国家和地区的死刑适用状况	(22)
三、拉美国家的死刑适用状况	(27)
四、总 结	(28)
第三节 我国死刑适用的历史变革	(29)
一、新中国成立以前的死刑发展史	(29)
二、从新中国成立至 1979 年的死刑演变	(31)
三、1980 年至今的死刑适用	(33)
第二章 死刑适用的基础理论	(39)
第一节 死刑适用的价值考量	(39)
一、公 正	(39)
二、效 益	(41)
三、人 道	(43)
四、结 论	(46)

第二节 我国死刑政策分析	(46)
一、国外死刑之争概述	(46)
二、我国的死刑政策之争	(58)
三、我国死刑政策的理性选择	(71)
第三章 刑法总则死刑条款的适用	(80)
第一节 死刑适用的实质条件	(80)
一、社会危害性极大	(81)
二、人身危险性极大	(91)
第二节 死缓的适用	(96)
一、死缓的适用条件	(97)
二、死缓的适用结局	(104)
三、死缓的限制减刑	(113)
第三节 死刑适用的禁止对象	(118)
一、死刑适用的绝对禁止对象：未成年人和审判时怀孕的妇女	(120)
二、死刑适用的相对禁止对象：审判时已满 75 周岁的老年人	(122)
第四章 死刑的裁量	(125)
第一节 死刑裁量的基本原则	(125)
一、宽严相济	(125)
二、主客观相统一	(127)
三、严格限制、谨慎适用	(128)
第二节 法定量刑情节与死刑裁量	(130)
一、限制责任能力人的死刑裁量	(131)
二、预备犯、未遂犯的死刑裁量	(134)
三、共同犯罪的死刑裁量	(136)
四、累犯的死刑裁量	(138)
五、自首犯、坦白犯、立功犯的死刑裁量	(140)
六、数罪并罚的死刑裁量	(142)

第三节 酌定量刑情节与死刑裁量	(144)
一、犯罪分子特殊身份与死刑裁量	(145)
二、犯罪分子一贯表现与死刑裁量	(149)
三、犯罪动机与死刑裁量	(151)
四、被害人过错与死刑裁量	(154)
五、家庭内部犯罪与死刑裁量	(157)
六、故意程度与死刑裁量	(161)
七、被害人诉求与死刑裁量	(164)
八、民事赔偿与死刑裁量	(166)
九、舆情民意与死刑裁量	(169)
十、社会犯罪形势与死刑裁量	(172)
第四节 死刑执行方式的裁量决定	(174)
第五章 刑法分则的死刑适用	(179)
第一节 刑法分则死刑罪名概述	(179)
一、我国刑法分则中的死刑罪名	(179)
二、我国死刑罪名的分类	(180)
第二节 暴力犯罪的死刑适用	(181)
一、暴力犯罪的死刑罪名概述	(181)
二、危害国家安全罪的死刑适用	(184)
三、危害公共安全罪的死刑适用	(185)
四、侵犯公民人身权利、民主权利罪的死刑适用	(196)
五、侵犯财产罪的死刑适用	(205)
六、妨害社会管理秩序罪的死刑适用	(209)
第三节 非暴力犯罪的死刑适用	(211)
一、非暴力犯罪死刑罪名概述	(211)
二、毒品犯罪的死刑适用	(212)
三、经济犯罪的死刑适用	(218)
四、职务犯罪的死刑适用	(226)

五、其他非暴力犯罪的死刑适用	(230)
第六章 死刑适用的程序规制	(241)
第一节 死刑案件的界定与程序规制的意义	(241)
一、死刑案件的界定	(241)
二、死刑适用程序规制的意义	(242)
第二节 死刑案件的证据问题	(243)
一、死刑案件刑事证据的基本原则	(244)
二、证明标准与证明对象	(245)
三、证据的分类审查与认定	(248)
四、证据的综合审查与运用	(252)
第三节 死刑案件的诉讼程序	(255)
一、死刑案件的级别管辖	(255)
二、死刑案件的指定辩护	(256)
三、死刑案件的侦查和审查起诉程序	(258)
四、死刑案件的审判程序	(260)
五、死刑案件的执行程序	(262)
第四节 死刑复核程序	(266)
一、死刑复核程序概述	(266)
二、死刑复核的具体程序	(273)
第五节 死刑不引渡原则的适用问题	(279)
一、死刑不引渡原则概述	(279)
二、我国对死刑不引渡原则的适用	(280)
附 录	
有关死刑的法律规范汇编	(284)
参考文献	(301)
后 记	(316)

绪 论

死刑，是以剥夺犯罪分子生命为内容的最为严厉的刑罚，因此也称生命刑、极刑。无论是从刑法思想、刑法理论，还是从司法角度来看，死刑问题都是一个极为敏感的问题。它不仅仅是一个法律问题，也是一个重大的社会问题、政治问题。在死刑产生后的几千年的奴隶社会和封建社会历史中，它的价值从未受到任何否定的评价，无论是在统治阶级，还是在普通民众看来，死刑作为一种刑罚是天经地义、自然而然的。但是，随着人类社会的发展和文明的进步，人类的思想观念也发生了翻天覆地的变化，人们对于死刑的态度更加趋于理性，死刑作为一种以剥夺生命为内容的刑罚，其存在的正当性和合理性日益受到人们的质疑，甚至受到了一些人的坚决反对和批判。在启蒙运动的推动下，人们开始越来越多地关注死刑。格老秀斯、洛克、卢梭等启蒙思想家对死刑问题进行了深入的思考，尽管观点不一，争议纷呈，但是几乎无一例外地认为应当限制死刑。贝卡利亚的传世之作《论犯罪与刑罚》将死刑存废之争推向了高潮，贝卡利亚在书中系统地对死刑的残酷性、非人道性和不公正性进行了尖锐的批判，引发了人们对死刑广泛而深入的反思。第二次世界大战之后，国际人权主义和人道主义兴起与发展，限制与废除死刑的运动也蓬勃开展起来，越来越多的国家走上了废除死刑的道路，极大地推动了世界性的死刑废除运动的开展。即便在尚未完全废除死刑的国家里，虽然情况不一，但越来越多的国家也倾向于对死刑持严格限制的态度——有的国家在立法上大幅度减少适用死刑的条款，将其限制在谋杀、叛逆和战时犯罪等少数几种性质极其严重的犯罪上，而不对经济犯罪等非暴力的普通犯罪适用死刑；有的国家则通过司法来限制死刑的适用，大大降低了死刑判决和执行率，为死刑的限制甚至废除作出了积极的努力。可见，全面废除死刑或者采取措施严格限制死刑的适用已经成为世界上绝大多数国家的选择。而从有关国际公约对死刑的规定来看，我们也不难得出，当前废除和限制死刑已成为一股势不可挡的潮流。

毋庸置疑，我国是保留死刑的国家，并且不论是立法中规定的适用死刑罪名的数量，还是司法实践中执行的死刑的数量，我国应当说都是名列前茅的——从

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)的规定来看,我国现在有 55 个死刑罪名,可以判处死刑的犯罪不仅包括暴力犯罪,而且也包括一些经济犯罪、职务犯罪等非暴力犯罪;从司法实践中执行死刑的数量来看,由于我国死刑执行信息的不透明,我们无法确切地掌握具体数字,但不可否认的是,我国死刑执行数量在全世界一直位居榜首。据国际特赦组织的有关统计数据显示,在全球 25 个执行死刑的国家中,中国、伊朗、沙特阿拉伯、巴基斯坦和美国 5 个国家执行死刑的人数占全球总数的 93%,而其中又以中国的情况最为突出,中国 2008 年使用注射和枪毙等方式,一共处决了至少 1718 人,占世界全年执行死刑人数的 72%。^① 尽管如此,仍然不可否认的是,中国执行死刑的实际情况可能还远远超过该组织的统计,而中国官方也从来没有公布过执行死刑人数的统计情况。也就是说,到目前为止,我国死刑执行的数量仍然十分巨大,而这也某种程度上说明了我国死刑适用还相当宽泛。那么,面对全球范围内废除和限制死刑的浪潮,我国又应当保持怎样的死刑立场呢?目前,就刑法学界有关死刑的态度而言,刑法学者逐渐趋于一致地认为,中国目前应通过完善刑事立法和司法的方式努力减少与严格限制死刑,在未来则一定要顺应国际社会法治发展进步的潮流而全面废除死刑。我国著名的刑法学者高铭喧教授、马克昌教授、赵秉志教授、陈兴良教授、张明楷教授等都在不同场合发表过类似的观点。^② 而就我国广大人民群众对死刑的态度来看,由于我国的封建社会存续的时间很长,报应主义的观点可以说是根深蒂固;并且在新中国成立后,我国又多次进行了“严打”,在司法实践中,重刑主义的思想还有一定的市场,可以说,目前我国死刑的立法和司法适用都有着广泛的民意基础,主流的民意是坚决反对废除死刑的。但值得注意的是,近年来反对废除死刑人数的比重有所下降,而支持限制和减少死刑适用或者循序渐进废除死刑的人数有所上升。这也已为有关部门以及网络上进行的多次民意测

① 转引自彭新林著:《酌定量刑情节限制死刑适用研究》,法律出版社 2011 年版,第 15 页。

② 参见高铭喧:《略谈我国的死刑立法及其发展趋势》,载赵秉志主编:《刑法评论》(第 3 卷),法律出版社 2004 年版,第 39 页;马克昌:《有效限制适用死刑刍议》,载《法学家》2003 年第 1 期;赵秉志著:《死刑改革探索》,法律出版社 2006 年版,第 68~69 页;陈兴良:《中国死刑的当代命运》,载《中外法学》2005 年第 5 期;张明楷:《刑法学者如何继续为削减死刑作贡献》,载《当代法学》2005 年第 1 期;刘仁文:《死刑政策:全球视野及中国视角》,载《比较法研究》2004 年第 4 期;陈泽宪:《论严格限制死刑适用》,载《法学》2003 年第 4 期;龚培华、肖中华著:《刑法疑难争议问题与司法对策》,中国检察出版社 2002 年版,第 200 页,等等。

验所验证。^①此外,从我国官方有关死刑的态度来看,我国现阶段坚持的是“保留死刑,严格控制和慎重适用死刑”的政策,这可以从我国相关的规范性文件以及党和国家领导人有关死刑问题的讲话中鲜明地反映出来。2007年3月9日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部联合发布了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》,其中明确规定,“‘保留死刑,严格控制死刑’是我国的基本死刑政策。实践证明,这一政策是完全正确的,必须继续贯彻执行。……我国现在还不能废除死刑,但应逐步减少适用,凡是可杀可不杀的,一律不杀。办理死刑案件,必须根据构建社会主义和谐社会和维护社会稳定的要求,严谨审慎,既要保证根据证据正确认定案件事实,杜绝冤错案件的发生,又要保证定罪准确,量刑适当,做到少杀、慎杀”。2005年3月14日,温家宝总理在第十届全国人大第三次会议举行的记者招待会上郑重地指出:“出于国情,中国不能够取消死刑,但将用制度来保证死刑判决的慎重和公正。”

从上面的论述中不难看出,在我国,就对死刑的态度而言,学界和官方的主流认识基本趋于一致,即在现阶段我国还不能废除死刑,但应当严格控制和慎重适用死刑,随着社会的发展,将来条件成熟时再废除死刑。但是我国的主流民意却是反对废除死刑的,有时甚至强烈要求适用死刑。因此,如何对待民众的态度,是我国在司法实践中适用死刑时不得不考虑的一个问题。就目前来说,我们还不时看到司法机关为了“平息民愤”而坚决地适用死刑的情形。面对这种情形,笔者认为,就死刑适用而言,不能因为民众要求加大刑罚力度和呼吁多判一些死刑,就贸然放宽死刑适用的条件,重判多杀。正如有学者所指出的,“政治领袖要尊重与反映民意,更应当善解与引导民意,运用政治智慧,作出科学的死刑决策,使死刑政策、死刑制度与死刑的适用成为一种理性的实践和实践的理性。”^②也就是说,民意的支持不是废除或适用死刑的必要前提,法律应当引导我们的社会朝着文明和进步的方向发展。^③

从死刑发展的趋势来看,当前我们更应该做的是,要坚决贯彻国家“保留死刑,严格控制和慎重适用死刑”的死刑政策,并着力推进死刑的限制适用。在可以预见的未来,我国也难以从立法上完全废除死刑,因而采取积极务实的态度,寻找死刑司法控制的方法,不失为最现实的选择。而就本书的写作而言,我

① 参见1995年中国社科院法学研究所和国家统计局进行的死刑民意调查;2007年11月1日至2008年1月20日由德国马普外国刑法与国际刑法研究所委托北京大学中国国情研究中心在北京、湖北和广东三地进行的死刑民意调查;中国官方网站人民网从2005年1月至2007年3月进行的“您对废除死刑的问题怎样看?”的网上民意调查,等等。

② 梁根林:《公众认同、政治抉择与死刑控制》,载《法学研究》2004年第4期。

③ 彭新林著:《酌定量刑情节限制死刑适用研究》,法律出版社2011年版,第25页。

们也是紧密围绕这一基本原则来展开的。在本书的写作过程中，我们主要运用了以下几种方法：

第一，实证分析方法。实证分析方法即通过事实证明问题与结论的方法。实证分析的方法，包括了科学实证和经验实证（含个案实证）。科学实证方法又称为定量研究方法，主张先通过对象观察、测量、实地调研、实验等方式获取数量化的资料，然后通过统计分析得出概括性或者精确性结论。经验实证不同于科学实证，经验实证的事实依据来自于人们的经验感悟，来自于对社会的观察。^① 本书将着重采用经验实证法（主要是案例分析法），在全书的主要章节中穿插大量的典型死刑案例，如此将使说理更加充分，论证更加有力，论述也更加翔实。而在这些典型案例的选择上，我们主要选择的是那些社会影响力大，并且不论是在学术上还是在社会上都存在争议的死刑案例。其实，死刑适用中的各种各样的情节，不论是就法定量刑情节还是酌定量刑情节而言，都是依附于具体个案的，因此对死刑适用的研究，当然离不开对死刑案例的深入分析。我国虽然不是判例法国家，判例没有法律约束力，但最高人民法院定期发布的典型案例（包括死刑案例），对全国各级法院以后的案件审判还是有着重要的指导意义的。因此，通过分析这些典型死刑案例，我们不仅能对我国死刑适用的现状有比较直观的了解，也可以更好地认识和了解司法机关在实践中针对死刑的适用主要考虑了哪些因素，而这些因素是否符合限制死刑适用的原则，从而为本书的研究提供有益的启示和经验。

第二，理论联系实际的研究方法。刑法学作为一门理论性、实践性都很强的法律科学，理论联系实际是刑法学研究中普遍运用的基本方法。理论联系实际的研究方法要求将刑法理论与司法实践有机结合起来，用理论指导、分析和说明实践，以实践检验、丰富和发展理论。简言之，理论联系实际的内容包括两个方面：一方面是理论向实际的趋近，另一方面是实际向理论的趋近。理论联系实际所包含的这两个方面是不可分割的，它们既相互联系、相互衔接，又相互作用，表现为一个完整统一的过程。对实际作出分析和理论的说明，根本目的是完成新的理论创造以指导实际；而对实际进行理论的概括，又离不开普遍理论的运用和指导。离开这两种相互趋近的活动，理论和实际就处于相互隔绝的状态，就联系不起来，不能实现结合的任务。^② 而死刑适用的问题，是一个理论性和实践性都很强的课题。本书的研究，一方面会注重理论向实际的趋近，以刑法学基本理论为指导，对死刑适用的相关司法实践进行解释说明；同时也会对死刑适用的一般原理、死刑适用的总体标准和死刑适用的程序规制等问题作出理论上的分析论

① 曾粤兴著：《刑法学方法的一般理论》，人民出版社2005年版，第71、236页。

② 郝建国：《试析理论联系实际的方法》，载《党建研究》2002年第4期。

证。另一方面也会高度重视实际向理论的趋近，尽力搜集有价值的典型案例并作相关的调查研究。与此同时，对于死刑适用的一系列问题，从理论上对其进行提炼与概括，以更好地指导以后的死刑适用实践。总之，本书的研究会努力本着理智、务实的态度，从理论与实际的结合上下工夫，既避免脱离司法实践而陷入泛泛而谈之境，又要防止脱离理论指导而落入就事论事的窠臼。

第三，比较研究方法。正所谓“有比较，才能有鉴别。有鉴别，有斗争，才能有发展”。^① 比较法作为一所“真理的学校”，扩充并充实了“解决办法的仓库”。运用比较法研究死刑适用的问题，有助于拓宽研究的视野，增进对国外司法实践中死刑的适用以及司法控制的了解和掌握，并从中剖析是非优劣，评述利弊得失，吸取经验教训，更好地获得规律性的认识，这对于深化死刑适用问题的理论研究，以及推动我国死刑制度的改革，有着十分重要的意义。因此本书的研究，将重视死刑适用问题上的比较考察与外向型研究，特别是对死刑裁量过程中的法定量刑情节和酌定量刑情节，将会注重与国外有关规定进行比较研究。

第四，历史分析方法。历史分析，是指运用发展、变化的观点分析客观事物和社会现象的方法。客观事物是发展、变化的，分析事物要把它发展的不同阶段加以联系和比较，才能弄清其实质，揭示其发展趋势。历史分析方法是社会科学研究中常用的一种方法，革命导师列宁同志曾指出：“在分析任何一个社会问题时，马克思主义理论的绝对要求，就是要把问题提到一定的历史范围之内。”^② 因此本书在写作的过程中也采用了历史分析的方法，着重对我国古代及近代有关死刑适用的概况作一考察，以期从历史的角度说明死刑适用的有关问题，从而为解决当代中国死刑适用问题提供经验借鉴。

运用上述研究方法，本书将从以下几个方面对死刑适用的相关问题作详细的论述。

本书在内容上设置六章，其基本结构如下：第一章，“死刑适用的历史和现状概览”。这一章作为本书的开篇，在论述全球视野下死刑的起源及其在古代的泛滥、近代以来死刑的限制和废除运动的基础上，概括了死刑的演进与发展的趋势，并在此基础上简要介绍了目前世界范围内主要国家和地区的死刑适用现状，其中着重论述了我国当前的死刑适用现状。第二章主要论述了死刑适用的一般原理问题：首先，第一节从刑罚的公正性、效益性和人道性三个方面对死刑适用的价值考量进行了详细论述，并认为在当今社会，由于社会的发展、人类文明的进步和人权观念的深入人心，死刑作为一种刑罚方法，已经不完全符合刑罚的公正性、效益性和人道性的要求；第二节详细论述了死刑的存废之争在国外和我国的

① 《毛泽东选集（第五卷）》，人民出版社1977年版，第416页。

② 《列宁选集（第二卷）》，人民出版社1995年版，第375页。

现状。基于这两个方面的论述,笔者认为,虽然在目前的国际环境下,死刑的废除是历史发展的必然趋势,但是由于我国刑事立法的决策者们认为加强死刑的适用能够有效地遏制犯罪率的增长,以及广大民众对于严重的刑事犯罪有着强烈的报应观念,民众依然处于对死刑的迷信中,决定了当前在我国无法立即废除死刑,并且在可以预见的未来,我国仍难以从立法上完全废除死刑,因此,当前的死刑政策应是在司法上严格限制死刑、谨慎适用死刑,力争首先在司法实践中废除死刑,然后再在立法上废除死刑。该章奠定了本书的基调,本书后面的内容都是围绕着严格限制死刑,直至最终废除死刑的原则进行论述的。在第二章之后,本书按照司法实践中适用死刑的先后顺序(总则、量刑情节、分则和程序)分设四章,详细地阐述了司法实践中适用死刑应注意的问题,其内容主要包括:第三章,“刑法总则死刑条款的适用”。第一节论述了死刑适用的总体标准,即“罪行极其严重”的判断问题;第二节论述了死刑缓期2年执行的适用问题,其中着重论述了死缓的适用条件及其适用结局;第三节则详细阐述了刑法总则规定的死刑适用的禁止对象。第四章,“死刑的裁量”,在简要介绍司法实践中适用死刑应坚持的基本原则的基础上,着重阐述了司法实践中可能影响死刑适用(包括死刑立即执行和死刑缓期执行)的法定和酌定量刑情节,在论述的过程中,还插入了典型的死刑案例进行分析。第五章,“刑法分则的死刑适用”。主要介绍了刑法分则的死刑罪名的适用问题,基于限制死刑的目标,本书将刑法分则中有关死刑的罪名分为暴力犯罪的死刑罪名和非暴力犯罪的死刑罪名,并着重论述了暴力犯罪的死刑适用条件,而对非暴力犯罪的死刑罪名则坚决主张在司法实践中尽量不判处死刑,让这些条款在司法实践中逐渐实现废除死刑的目的。第六章,“死刑适用的程序规制”。主要介绍了司法实践中适用死刑所要遵守的司法程序问题,着重介绍了死刑立即执行和死刑缓期执行的复核程序。

死刑问题不仅仅是法律问题,更是社会政治问题。在现阶段我国全面废除死刑还不现实的情况下,努力减少和限制死刑适用的重要性与迫切性日益彰显。而通过司法达到限制死刑适用的结果,无疑是一条非常现实而又积极的路径,这也正是本书的写作意图。

第一章 死刑适用的历史和现状概览

死刑在人类社会早期就已存在，其可能起源于人类的献祭。而在制定法中，死刑最早可以追溯到公元前 1750 年，在《汉谟拉比法典》的同态报复法中可见其踪影。^① 随着启蒙运动的发展，一些思想家开始对死刑的正当性和合理性进行批判，贝卡利亚所著的《论犯罪与刑罚》掀起了死刑存废之争的风暴，人们开始反思死刑，死刑的迷信逐渐被打破，以往对死刑的狂热也慢慢淡化。第二次世界大战结束以后，随着国际人权主义与人道主义的兴起与发展，限制与废除死刑的运动也蓬勃开展起来。发展至今，已有 70% 的国家废除了死刑。^② 回溯死刑漫长的兴衰之路，正印证了：死刑必将走出兴盛，迈向死亡；死刑最终宿命必定是废止。

第一节 死刑的历史兴衰

一、死刑的起源及其在古代的泛滥

死刑的起源理应包括两方面的内容，即死刑产生的时间和死刑的起源形式。首先，关于死刑产生的时间。要想对死刑产生的时间做一个精确的考证是相当困难的，根据现有的资料，只能推测一个大概的时段，据德国学者赖德尔·布鲁诺的考证，死刑起源于史前时代。^③ 史前时代一般是指从人类产生到文字出现这段

① [加] 威廉姆·夏巴斯著，赵海峰等译：《国际法上的废除死刑（第 3 版）》，法律出版社 2008 年版，第 3 页。

② 参见刘仁文：《中国的死刑改革之路》，载 http://www.21ccom.net/articles/zgyj/fzyj/article_2012021953908_4.html。

③ 参见 [德] 赖德尔·布鲁诺著，郭二民编译：《死刑的文化史》，三联书店 1992 年版，第 1 页。人类学家甚至声称在巴利亚多利德（Valladolid）由史前的洞穴居住者所画的图画就显现了处死刑的画面。参见 [加] 威廉姆·夏巴斯著，赵海峰等译：《国际法上的废除死刑（第 3 版）》，法律出版社 2008 年版，第 3 页。

时间。^① 例如,《商君书·画策》记载,“皇帝内行刀锯”。根据《尚书·皋陶谟》的记述,五帝时代共有“有邦”、“兢兢”、“业业”、“一日”、“二日”等五种死刑。^② 因此,尧舜时代就形成了以“五刑”为主的刑罚体系。从而证明了中国的死刑起源于尧舜时期,死刑与肉刑的产生是刑罚形成的标志。^③ 其次,关于死刑的起源形式。据相关资料记载,死刑的起源形式主要有禁忌与祭祀、血亲复仇以及战争等三种形式。死刑的第一种起源形式是禁忌与祭祀。“禁忌的体系是要求死刑的呼声的直接前提。”^④ 例如,作为最严厉的禁忌之一的近亲奸,在死刑的沿革上,古代社会几乎所有地方都把近亲奸列为死罪。^⑤ 又如,凯尔特人相信,处死那些犯下盗窃、抢劫及其他罪过的人会让不朽的神灵高兴,当没有犯人可用时,他们甚至会处死无辜的人。^⑥ 在古代,祭祀主要是为了避免灾祸或者感谢神灵。例如,原始时代的王或祭司被要求献身和禁欲,其人民有困难时,王的义务是把生命献给命运之神以使人民免遭不幸。^⑦ 又如,古代波斯人活埋男孩子和女孩子,以向传说中的冥界之神表示谢意。^⑧ 死刑的第二种起源形式是血亲复仇,即以血还血的同态复仇。同态复仇与血亲复仇原则是古代东方早期的刑法原则。在这两个原则指导下的刑罚以死刑、肉刑为主,比较残酷。^⑨ 马克思也论及,“死刑是往古的以血还血、同态复仇的表现”。在古代社会,以血还血的同态复仇司空见惯。例如,在《旧约圣经》中记载,以血复仇的人有义务杀死杀

① 史前时代一般是指人类产生到文字出现之间的时代。由于各地人类发明文字的时间有所不同,所以史前时代没有一个适用于各地的特定时间。不过,作为一个泛称,史前时代通常指公元前 4000 年以前的时期。举例来说,尚未发现文字记载的石器时代(公元前 250 万年~公元前 4000 年)是史前时代,青铜器时代(公元前 4000 年~各地不同时期完结)以后有文字记载之时起就可称为信史时期。中国夏朝就是史前时代。商朝人使用甲骨文,故商朝是信史。参见《史前时代》,载维基百科网 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%8F%B2%E5%89%8D%E6%99%82%E4%BB%A3>。

② 参见蔡枢衡著:《中国刑法史》,中国法制出版社 2005 年版,第 50 页。

③ 参见胡健:《中国死刑起源探究》,载《政法论丛》2003 年第 2 期。

④ [德] 赖德尔·布鲁诺著,郭二民编译:《死刑的文化史》,三联书店 1992 年版,第 6 页。

⑤ [德] 赖德尔·布鲁诺著,郭二民编译:《死刑的文化史》,三联书店 1992 年版,第 8 页。

⑥ 参见[英] 凯伦·法林顿著,陈丽红译:《刑罚的历史》,希望出版社 2005 年版,第 10 页。

⑦ [德] 赖德尔·布鲁诺著,郭二民编译:《死刑的文化史》,三联书店 1992 年版,第 13 页。

⑧ 转引自杨文革著:《死刑演变要略》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 9 页。

⑨ 参见王立民著:《古代东方法研究》,北京大学出版社 2006 年版,第 152 页。

人者，一旦遇到对方立即下手。^①又如，我国古代，《周礼》对复仇规定得较为详细，“凡报仇者，书于士，杀之无”，^②同时规定复仇只以一次为限，不许反复寻仇。^③死刑的第三个起源形式是战争。原始社会后期，随着氏族部落的不断扩大，为争夺地盘与资源，各部落战争不断。战争使得失败的部落被屠戮。例如，华夏族在通向文明的大道上，发生过共工和蚩尤之战、黄帝和蚩尤之战以及黄帝与炎帝之战等三次大规模的战争。在我国古代就有“刑起于兵”的说法。例如，在《汉书·刑法志》中记载：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀具，其次用钻凿；薄刑用鞭扑。大者陈之原野，小者致之市朝。”^④

随着国家以及社会结构的不断完善，阶层分化的突出，统治阶层为了维护现有秩序，把刑罚当做一种震慑与威胁的工具。具体表现为：其一，死刑种类繁多。例如，在我国古代，死刑种类有时多达几百种。根据沈家本的统计：“中国刑法，周时大辟二百，至汉武帝时多至四百九十条，当时颇有禁网渐密之议。元魏时大辟二百三十条。隋开皇中除死刑八十一条。唐贞观中又减大辟九十三条，比古死刑殆除其半，刑法号为得中。”^⑤其二，死刑适用泛滥。在古代，死刑的适用比较泛滥，统治者丝毫没有意识到死刑的残酷性。例如，德国历史上曾规定，伪誓，破坏住宅安宁，谋杀性纵火，盗窃价值3先令以上的物品可科处死刑。^⑥又如，在盎格鲁——撒克逊英格兰时期，死刑已很常见，有时对不能恰当支付高额赔偿的犯罪者也适用死刑，到1124年的时候，绞死了44个盗贼，死刑适用达到了高潮。^⑦其三，死刑执行残酷。在古代，死刑的执行绝大多数都取决于君主的恣意。例如，在我国春秋战国时期，死刑不仅种类繁多，而且非常残酷，主要有灭族、戮尸、烹、焚、车裂、沉河、腰斩、弃市、绞、大辟等十几种死刑。^⑧据《秦律》及相关史料记载，秦代主要有戮、弃市、腰斩、枭首、剖腹、生埋等十几种死刑。^⑨又如，普鲁士1847年颁布的刑法典规定，可以将犯

① 参见[德]赖德尔·布鲁诺著，郭二民编译：《死刑的文化史》，三联书店1992年版，第20页。

② 转引自杨文革著：《死刑演变要略》，中国人民大学出版社2011年版，第7页。

③ 转引自杨文革著：《死刑演变要略》，中国人民大学出版社2011年版，第7页。

④ 转引自胡健：《中国死刑起源探究》，载《政法论丛》2003年第2期。

⑤ 沈家本著：《历代刑法考（四）》，中华书局1985年版，第2028页。

⑥ [德]李斯特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，法律出版社2006年版，第39页。

⑦ [英]约翰·哈德森著，刘四新译：《英国普通法的形成——从诺曼征服到大宪章时期英格兰的法律与社会》，商务印书馆2006年版，第89~90页。

⑧ 参见范忠信、陈景良主编：《中国法制史》，法律出版社2010年版，第32~33页。

⑨ 参见范忠信、陈景良主编：《中国法制史》，法律出版社2010年版，第131~132页。

人分尸示众。^① 再如，巴比伦王国在制定《汉谟拉比法典》时，将火刑、溺刑和绞刑并列为三大刑罚。^②

古代死刑的泛滥与君王的恣意息息相关，与专制独裁密不可分；进入近代社会，由于民主思潮的推动、人权思想的发展以及人道主义的盛行，死刑的限制和废止运动才慢慢走上正轨。

二、近代以来的死刑限制和废除运动

随着人类社会的发展和文明的进步，人类的思想观念也发生了翻天覆地的变化。人们对于死刑的态度更加趋于理性，死刑作为一种以剥夺生命为内容的刑罚，其存在的正当性和合理性日益受到人们的怀疑；自然的，其适用也就受到一些人的反对和批判。据考证，早在16世纪初，英国著名思想家托马斯·莫尔在其名著《乌托邦》一书中就提出了盗窃罪不适用死刑的论点。^③ 继莫尔之后，许多杰出的启蒙思想家沿着这一历史伟人的足迹，积极地对死刑的正当性和合理性问题进行探索——格老秀斯主张限制死刑的适用，认为死刑仅适用于那些罪大恶极者；孟德斯鸠虽然不主张废除死刑，但他认为死刑是病态社会的药剂，力主在刑罚中贯彻宽和精神，体现人道主义；卢梭也反对轻易动用死刑，他认为，任何人没有权利把人处死，哪怕仅仅是以儆效尤，除非是对于那些如果保存下来便有危险的人才适用死刑。至1764年，刑事古典学派鼻祖、意大利著名刑法学家贝卡利亚在其不朽名著《论犯罪与刑罚》一书中第一次比较明确地提出了废除死刑的主张，他系统地论述了死刑的残酷性、非人道性和不公正性，公然挑战死刑的正当性，对死刑进行了尖锐的批判。贝卡利亚废除死刑的主张在西方国家引起了强烈的反响，并且已不仅仅局限在法律的范畴之内，从此拉开了至今长达200多年的死刑存废之争的序幕。这场肇始于贝卡利亚的死刑存废之争，产生了广泛而又深远的影响，唤起了人们对死刑的空前关注和理性思考。正是在这种不断发展的废除死刑理论的影响和宣扬下，许多国家和地区开始了废除死刑的尝试。19世纪中叶至20世纪初期，在欧美国家出现了一个废除死刑运动高潮，先

① 参见〔法〕马丁·莫内斯蒂埃著，袁筱一等译：《人类死刑大观》，漓江出版社1999年版，第105～106页。

② 参见〔法〕马丁·莫内斯蒂埃著，袁筱一等译：《人类死刑大观》，漓江出版社1999年版，第126页。

③ 赵秉志：《我国现阶段死刑制度改革的难点及对策》，载《中国法学》2007年第2期。