

武汉大学
刑法学
博士文库

死刑 限制 论

SIXING XIANZHILUN

钊作俊/著

武汉大学出版社

武汉大学刑法学博士文库

死刑限制论

创作俊 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

死刑限制论/仝作俊著. —武汉:武汉大学出版社, 2001. 9
武汉大学刑法学博士文库
ISBN 7-307-03343-7

I. 死… II. 仝… III. 死刑—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 063297 号

责任编辑: 张 琼 责任校对: 叶 效 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

发行: 新华书店湖北发行所

印刷: 武汉市科普教育印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 10 25 字数: 263 千字 插页: 4

版次: 2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03343-7/D·458 定价: 14.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

《武汉大学刑法学博士文库》总序

《武汉大学刑法学博士文库》以出版武汉大学刑法学博士研究生生的学位论文，促进刑法学的研究，扶植刑法学新生力量为宗旨。

刑法是国家的基本法律之一，刑法学是研究刑法所规定的犯罪、刑事责任和刑罚的法律科学。它既有深邃的理论，又与司法实践具有极为密切的关系。所以刑法学的研究，一直为法学工作者所重视。1979年《中华人民共和国刑法》公布后，发表和出版了大量的刑法学论文和著作。80年代中期以后，几所法学院系招收了刑法学博士研究生，给刑法学的研究注入了新鲜血液。一些博士生年轻有为，思想敏锐，功底扎实，研究深入，所撰博士论文，对刑法理论的研究具有相当深度。一本一本的博士论文出版成书，使刑法学的研究生机勃勃，呈现更加繁荣的景象。

武汉大学刑法学博士生是从1987年开始招生的。这些博士生都很注意学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。但由于学术著作出版较难，致使有些论文未能付梓；研究成果无法与读者见面，实在令人惋惜。有鉴于此，遂筹措刑法学基金，用于资助优秀刑法学博士论文的出版。同时考虑到过去我们的几位博士生虽然出版了几本博士论文，但由于各自为战，分散在不同的出版社出版成书，未能集结一起，形成一股学术力量，因而与武汉大学出版社洽商，设立《武汉大学刑法学博士文库》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版两三本刑法学博士论

文，积土成山，集腋成裘，经过若干年，便可形成一套洋洋可观的丛书，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武汉大学刑法学博士文库》，由武汉大学法学院法律系刑法学教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。希望我们的刑法学博士生，在攻读博士学位期间，认真学习，刻苦钻研，锐意进取，勇于探索，写出高质量的博士论文，使这套文库不断有优秀著作问世。

最后需要说明：《武汉大学刑法学博士文库》是由刑法学基金资助，在武汉大学出版社大力支持下出版的。刑法学基金是关心我校刑法学发展的校友、校外有识之士与刑法教研室的老师捐款成立的。没有这些同志的资助和出版社的支持，就没有这套文库的出版。对于他们的贡献，我们会铭记于心，永志不忘。这里谨向为建立刑法学基金出资出力的同志们和武汉大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

1997年春于珞珈山

引 言

死刑是我国刑法所规定的一个重要刑种，也是现代刑法理论研究和国际刑法所关注的一个热点和焦点问题。在前资本主义几千年的人类社会的发展历程中，人们并未对其存在的合理性和正当性提出质疑。直到十六七世纪，一些著名学者如托马斯·莫尔、切查利·贝卡利亚等率先从理性、人性的角度对死刑的存置进行发难以后，人们才逐渐开始重新“审议”死刑这一刑中之极，并在其后形成了轰轰烈烈的死刑存废论争，进而直接导致了一些国家和地区的废止死刑实践和刑法理论对死刑问题关注的日渐高涨。现今世界上，已为数不少的国家和地区在法律上完全废止了死刑，也有数量可观的国家和地区并未完全废止死刑。而在尚未完全废止死刑的国家和地区中，也大都注意对其予以限制——或从法律上，或从实践中。因此，如何限制死刑即成为绝大多数存置死刑的国家和地区所面临的一个急需解决的问题，同时也是我国现阶段一个重要的理论课题和迫切的现实问题。

在经过数百年的研究探讨而涌现出来的为数可观的死刑论著中，不能否认，其中有不少经典之作，并为后人所津津乐道，引为常谈；但同时也不可否认，外国的绝大部分论著是着重于死刑存废论争的，一些实证研究也没有跳出这一窠臼。在我国，对死刑问题的研究虽然起步较晚，但也出版了一些死刑论著，取得了令人可喜的成就，这从一个方面推进了我国的刑事法制建设，同时也不可忽视，我国学者对这一问题的研究还不是那么深入和系统，更很少有论著从理性的高度关注我国现阶段的死刑状况，关

注我国的死刑立法和死刑司法以及我国死刑的未来发展趋势。易言之，我国现阶段，从实践的角度关注死刑的实然设置的论著不少，而从理性的角度、从刑法理论的高度对死刑的应然规定进行系统的分析与研究还显得很薄弱，更无人立足于理论的高度对我国现阶段如何从价值理论、死刑政策、死刑立法、死刑司法以及死缓制度上限制死刑及死刑的实际执行进行较为系统的、深入的研讨。有鉴于此，在1996年考入武汉大学攻读刑法学博士学位之初，我即打算将死刑的限制作为学位论文选题，并在学习和研究过程中开始收集这方面的资料。1997年底，这一设想得到我的导师马克昌教授的首肯，并在次年9月所做的开题报告中得到了由武汉大学法学院刑法学教授组成的论证小组的肯定，同时，各位教授也提出了一些颇具建设性的重要意见。在此基础上，我又对此前形成的论文大纲进行了修改补充，并再赴北京等地进行调查研究，取得了大量的较为丰富的学术论著和实证资料。1998年国庆节的前夜，我即在原有大纲和部分写作初稿的基础上进行了长达数月的艰难写作，终于在春节的前几天，给论文初稿画上了最后一个句号。然而，就在此时，我才深感做学问的艰难，同时也才深切体会到中国的一句古语：“学而时习之”，这也是马克昌先生时常勉励我的一句话，并由此使我强烈地感到：学然后知不足。同时，也鼓励我在以后的工作和学习中更加奋发图强，取得更大的进步。

最后需要说明的是，在博士论文的写作过程中，作者参考了中外刑法学界前辈和同仁已有的研究成果，在此表示感谢；同时也对其中的一些观点提出了商榷、质疑乃至批评，不当之处，敬请学界批评。我想，学术上的支持、赞同或者反对、批评都是学术研究和探讨中的正常现象，同时也是学术进步和发展的可喜现象。正是持之有据、言之有理的学术争鸣才推动了学术上的飞跃。这篇论文（即本书）虽不奢望获得多大的赞誉，但如果能对我国的刑事法制尤其是我国的死刑限制尽些许之力，吾愿足矣。

武汉大学
刑法学
博士文库

编委会

主任

马克昌

委员

马克昌

喻 伟

赵廷光

李希慧

刘明祥

目 录

引言	1
导论 死刑的本质	1
一、死刑的法律本质	8
二、死刑的阶级本质	12
第一章 死刑的价值	16
第一节 死刑的价值根基	17
一、死刑的权力根据	17
二、死刑的理论根据	20
三、死刑的伦理根据	26
第二节 死刑的价值评价	30
一、死刑存废之论争	31
二、死刑存废论争之评价	47
三、我的死刑价值观	53
第二章 死刑政策与死刑限制	61
第一节 死刑政策概说	62
一、死刑政策的概念和特征	62
二、死刑政策的种类	65
第二节 国外死刑政策及其评价	67
一、存置死刑	69

二、废止死刑	73
三、死刑存废政策评价	76
第三节 我国的死刑政策	78
一、死刑政策的历史演变	78
二、现行死刑政策述评	82
三、目前应确立的死刑政策	92
第三章 死刑立法与死刑限制	99
第一节 死刑条件对死刑的限制	99
一、外国刑法中的死刑条件概览	101
二、我国刑法中的死刑条件	107
三、从死刑条件上限制死刑	119
第二节 犯罪主体对死刑的限制	133
一、对犯罪主体适用死刑的国际趋势	134
二、我国刑法对犯罪主体适用死刑的规定	143
三、从犯罪主体上限制死刑	155
第三节 死刑罪名对死刑的限制	162
一、外国刑法中的死刑罪名概览	162
二、我国刑法中的死刑罪名	168
三、从罪名上限制死刑	179
第四节 死刑的规定方式对死刑的限制	221
一、死刑规定方式的国际趋势	222
二、我国刑法中死刑的规定方式	226
三、从死刑的规定方式上限制死刑	236
第四章 死刑司法与死刑限制	241
第一节 死刑适用原则与死刑限制	242
一、观点述评	242
二、死刑的适用原则	249

第二节 刑事法官与死刑限制·····	256
一、概说·····	256
二、刑事法官在死刑限制中的理性思考·····	260
第三节 司法解释与死刑限制·····	263
一、司法解释概说·····	263
二、从司法解释上限制死刑·····	266
第四节 死刑核准与死刑限制·····	271
一、死刑核准概说·····	271
二、从死刑核准上限制死刑·····	275
 第五章 死缓制度与死刑执行限制·····	278
第一节 死缓制度概述·····	278
一、死缓制度的由来和意义·····	278
二、关于死缓之论争·····	280
第二节 死缓的立法规定·····	284
一、死缓的条件·····	285
二、死缓的减刑·····	289
第三节 死缓的司法适用·····	293
一、死刑缓期执行与死刑立即执行的界限·····	293
二、扩大死缓适用,限制死刑的立即执行·····	304
 主要参考文献·····	307
 后记·····	316

导论 死刑的本质

死刑，这一最为冷酷、最无慈悲的“司法杀人”^①，自其诞生于阶级社会以来^②，在古老而沉重的历史长河中一直为诸刑之首，直至近世。16世纪初，英国杰出的人文主义者托马斯·莫尔在其《乌托邦》（1516年）一书中首开主张废止盗窃罪的死刑之先河。他认为，对盗窃罪适用死刑从来都没有也不能制止盗窃，而且与杀人抢劫毫无区别，既超越法律、无益社会，又不公道，还会促使犯盗窃罪者进而实施杀人行为，以灭绝活口、掩盖罪行。因此，更好的办法是存其性命，给其以谋生之道。对于罪大恶极之人，一般罚令充当奴隶，这样既使罪犯害怕，又有利于国家，且可将其当做反面教员在较长时间内阻止别人犯罪。基于

① 此系德国著名刑法学家拉德布鲁赫（G.Radbruch）对死刑本质的经典概括，这一名言在德国学界常被引用，详情请参见〔日〕团藤重光：《死刑废止论》，有斐阁1992年日文版，第122～123页。

② 关于死刑产生于何时，我国学界大致有两种不同意见：一种认为，死刑在原始社会末期即已存在，如蔡枢衡先生在其《中国刑法史》一书中即认为死刑产生于五帝时期，宁汉林先生在其《中国刑法通史》（第二分册）中认为，死刑产生于虞舜时期；另一种观点则认为，死刑产生于奴隶社会，如高铭暄教授主编的《刑法学原理》（第三卷）即持此观点，这亦是我国学界的通说。我们认为，按照马克思主义的观点，犯罪和现行的统治产生于相同的条件，法的产生以阶级和国家的产生为标志。因此，作为刑法上最早刑种的死刑，应产生于奴隶社会。

此，他主张将死刑仅限制在“重犯前罪者”^①。继莫尔之后，许多杰出的思想家和法学家沿着这一历史伟人的足迹，在限制进而废止死刑的道路上艰难而又顽强地探索着。自然法学派的创始人之一、荷兰的格劳秀斯认为，死刑只应适用于那些罪大恶极、不可救药者。孟德斯鸠则认为，死刑是病态社会的药剂，他说：“在刑罚从轻的国家，公民的精神受到轻刑的影响，正像其他国家受到严刑的影响一样。人们对严刑峻罚在思想上也习惯了，正如对宽法轻刑也会习惯一样；当人们对轻刑的畏惧减少了，政府不久便不能不事事都用严刑。有的国家时常发生拦路抢劫，为消除这种祸害，它们便发明了车轮轧杀刑。这个刑罚的恐怖，使抢劫暂时终止。但是不久以后，在大路上拦路抢劫又和从前一样了。在今天，士兵的逃跑是极常有的事；法律规定对逃亡者处死刑，但是逃亡并没有减少……治理人类不要用极端方法；我们对于自然所给予我们领导人类的手段，应该谨慎地使用。”^② 其后的卢梭、贝卡利亚、黑格尔、龙布罗梭等人都主张严格限制死刑，其中尤以贝卡利亚为最著名。

贝卡利亚认为，死刑违背了社会契约，不但不能产生最佳的威吓效果，反而会引起人们对受刑者的怜悯，给人们树立残酷的榜样，毒化人们的心灵，并且一旦误判，则无法挽回。鉴于死刑的残酷性、不公正性和非人道性，贝卡利亚认为，在一个组织优良的社会里，死刑不应存在。只有根据两个理由，才可以把处死一个公民看做是必要的：其一，某人在被剥夺自由之后仍然有某种联系和某种力量影响着这个国家的安全；或者他的存在可能会在既定的政府体制中引起危险的动乱。再者，当一个国家正在恢

① 参见[英]托马斯·莫尔：《乌托邦》，戴镗龄译，商务印书馆1982年版，第90页。

② 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第85页。

复自由的时候,当一个国家的自由已经消失或者陷入无政府状态的时候,这时混乱取代了法律,因而处死某些公民就变得必要了^①。从上述介绍可以看出,贝卡利亚虽然竭力反对死刑,但他同时主张在两种情况下可以适用死刑,因此,他不能被认为是一个彻底的死刑废止论者。严格地说,他应被认为是一个死刑限制论者,即主张将死刑限制在上述两种情况之中。因此,我国有学者将贝卡利亚的死刑思想概括为“在法制国家里彻底废除死刑的主张”,其理由是,上述使死刑变为必要的两种情况,贝卡利亚并不认为是一个正常的、组织优良的、法制健全的社会里所应当出现的,因为,贝卡利亚曾说:“如果一个举国拥戴的政府,无论是对内还是对外,都拥有力量和比力量更有效的舆论作保护,如果在那里发号施令的只是真正的君主,财富买来的只是享受而不是权势,那么,我看不出这个安宁的法律王国有什么必要去消灭一个公民。”^②

自贝卡利亚发表《论犯罪与刑罚》以后,旷日持久的死刑存废之争即拉开了序幕,论争双方从政治、法律、哲学、伦理、人道等诸方面各自论证了死刑或存或废的理由和根据,并进而引发了一些国家和地区的死刑存废实践。不可否认,这场论争仍在继续并方兴未艾;而死刑存废之实践也此起彼伏,时有反复。应当说,不论是过去还是现在,不论是西方还是东方,死刑存废的论争双方都没有驳倒彼此的对立观点,反而争论时间越长,引出的问题越多,死刑存废之争也似乎愈加复杂^③。在论争过程中,双

① 参见[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第45~46页。

② 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第51~52页。

③ 参见仵作俊:《现代死刑问题研究述评》,《中国刑事法杂志》1999年第1期。

方也都从理论论证转向实证研究,如美国学者塞林(Thorsten Sellin)在20世纪60年代即采取历史比较和横向分析等方法,通过实证研究认为,死刑对杀人犯罪并无遏制力,从而对“死刑能遏制杀人”这一传统的命题提出了挑战^①。还有一些学者通过进行实证研究后认为,死刑不但不能减少杀人犯罪,反而会促使杀人犯罪率上升^②;与此相反,另一些学者则通过实证研究认为,死刑对杀人犯罪具有明显的遏制效果,从而竭力维护传统观点,如美国的伊萨克·埃利克(Isaac Ehrlich)所从事的研究即得出了死刑具有遏制效果的具体的结论:每处死1名杀人犯即可阻止7~8起杀人案的发生^③。其后的史蒂芬·雷森(Stephen Layson)也得出结论:每执行1件死刑可减少8.5~28件的杀人犯罪。甚至还有人认为,每执行1件死刑可减少156起杀人犯罪,从而得出死刑具有明显的抑制杀人效果的结论^④。此外,存废论争的双方还通过民意测验,从死刑的误判和死刑的经济性等方面对死刑进行了多方面、多视角的实证研究,而得出的结论并不完全一致。一些资料表明,这种实证研究仍在继续之中。

在日本,截至19世纪末,对死刑问题的关注似乎不如欧美诸国,直至1908年,日本学者胜本勘三郎才提出了“限制死刑”的观点。他并不反对废止死刑,但他认为死刑具有天生的致命的

① Thorsten Sellin, *Capital Punishment*, Harper & Row Publishers Inc., 1967, p. 138.

② William Bailey, “Murder, Capital Punishment and Television: Execution Publicity and Homicide Rates”, *American Sociological Review*, 1990 (55), pp. 623~628.

③ Isaac Ehrlich, “The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death”, *American Economic Review*, 65 (1975), pp. 397~417.

④ 参见许春金等:《死刑存废之探讨》,台湾冠顺印刷事业有限公司1996年版,第90~92页。

弱点,因此他主张对死刑予以严格限制,即只有对罪大恶极、不可救药、不能改造的罪犯,才可以作为特别的处分手段,适用死刑^①。之后,日本学者对死刑的关注日渐高涨。19世纪50年代,日本学者、著名律师正木亮博士出版了《死刑》专著。他在书中指出,死刑尽管是作为有组织社会的一种制裁方法而出现的,但即使在有组织的社会,相互间的杀戮最初也没有保障社会秩序。他在历数死刑的种种弊端以后即明确提出了“废除死刑”的主张^②。在此之后,也有不少学者撰写了大量论文,支持死刑废止论。很多著名学者如木村龟二、宫泽浩一、齐藤静敬、辻本义男、菊田幸一等都是死刑废止论的有力支持者。但也有许多著名学者如泷川幸辰、小野清一郎、不破武夫、安平政吉等则支持死刑存置^③。尽管在学者中间多数人支持死刑废止,并将死刑的废止作为现实的追求^④,但官方是持死刑存置态度的;日本历次的民意测验也都表明,至少有一半以上的日本国民支持死刑。在司法实务界,死刑支持率更高。尽管如此,学者们还是朝着限制乃至废止死刑的方向努力,而团藤重光的《死刑废止论》则在一定程度上代表了日本学者废止死刑的观点。该书从主体性理论、运动刑罚论、罪刑法定主义和误判等方面详细论证了废止死刑的诸种理由。

在前苏联和东欧地区,尽管死刑一直为绝大多数国家的官方所支持,但死刑存废之论争仍不绝于耳。民主德国、罗马尼亚、

① 参见李海东主编:《日本刑事法学者》(上),中国法律出版社、日本国成文堂1995年中文版,第10~11页。

② 参见[日]正木亮:《死刑》,日本评论社1979年日文修订版,第1页以下。

③ 参见[日]三原宪三:《死刑存废论の系谱》,成文堂1991年日文版。

④ 参见[日]平川宗信:《死刑制度の检讨はじめに》,日本刑法学会《刑法杂志》第35卷第1号,第69页。

南斯拉夫等国的废止死刑为死刑废止论者所津津乐道；而前苏联死刑存废的三起三落则留给死刑废止论者诸多的遗憾，也使得死刑存置论者大为不满。现今的俄罗斯和东欧大部分国家虽然在法律上还保留有死刑，但死刑正在受到种种限制，不论是从死刑条件还是从死刑范围，不论从死刑宣告还是从实际执行，死刑的适用都受到了严格限制。

从现有的材料看，死刑存废之论争正在深入，论争已从理论探讨转向实证研究，从感性观察转向理性思考，这在一定程度上推动了各国限制乃至废除死刑的实践；加上国际社会和一些国际组织的“推波助澜”，死刑废止阵营正在扩大。据有关资料介绍，仅仅在1976~1990年短短十四年间，即有31个国家对全部犯罪或者普通犯罪废止了死刑，真可谓废止死刑已成为一种世界性趋势^①。但是，也要看到，当今国际社会还有近一百个国家和地区仍然存置死刑。而在存置死刑的国家和地区中，也大都注意严格限制死刑，如尽量减少死刑罪名，提高死刑的适用条件，执行死刑慎之又慎，废除绝对死刑条款等等；另有几十个国家和地区虽然没有全部废止死刑，但也都注意对死刑予以限制，有的废止了部分犯罪的死刑，只保留几种甚至一种死刑罪名，有的则在实践中中止死刑执行。在这些国家，也都注意从法律上或者实践中严格限制死刑的实际适用。显然，如果说，废除死刑是一种国际潮流、一种国际趋势，那么，通过各种方法和途径限制死刑，或法律限制或实际限制，则更是一种国际潮流、一种国际趋势。

在我国，对死刑问题的研究起步较晚。比较权威的观点认为，我国现在还没有人主张废除死刑，死刑存废的论争在我国还

^① 参见贾宇：《死刑的理性思考与现实选择》，《法学研究》第19卷第2期。