

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
18
卷

2006

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
18
卷

北京大学刑事法理论研究所 主办

2006

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论. 第18卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 11
ISBN 7-301-11253-X

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第131882号

书 名: 刑事法评论·第18卷(2006)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 杨剑虹

标准书号: ISBN 7-301-11253-X/D·1620

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 41印张 826千字

2006年11月第1版 2006年11月第1次印刷

定 价: 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主编絮语

在已经过去的2005年中,死刑复核权之收回最高人民法院是法学界讨论中的一个中心课题,它是一个与死刑存废与限扩具有相关性的问题。最高人民法院收回死刑复核权,主要目的在于减少死刑之适用。对于减少死刑的适用,在我国刑法学界(包括刑事诉讼法学界)均已形成共识。

当然,死刑限制的前景仍然是不可过于乐观的,还充满着一定的不确定性。这里主要还是一个民意问题,不可不引起我们的重视。检察官方工指出了一个“减少死刑适用不要忽视社会承受力”的命题。这里的“社会承受力”,主要是就公众的认同而言的。方工检察官通过对两起被判处死缓的杀人案的考察,认为这一轻判不符合国情民意。对此,方工检察官是这样陈述理由的:在一些法治发达国家,大多数公民已经接受人的生命无比珍贵、不能因任何理由予以剥夺的观念,于是出现被害者的亲属要求不要判处犯罪者死刑或致信安慰对方亲属的事实。在这样的民意背景下,大力减少死刑,甚至废除死刑,顺理成章,不会对社会造成任何不利的影响。而在我国,社会公众的法律意识中还固守着“杀人偿命”的观念,很多公众要求以极刑严惩故意杀人罪的行为来表达对人的生命权的重视。我们没有可靠的统计资料可以说明,多数公众对轻易地从轻判处严重故意杀人的做法是否接受或赞同,但只要看看为数众多的被害人的亲属,面对杀人者被从轻处理的判决结果表现出的愤怒、委屈、期待或者无助,就可以感到这是对他们情感的又一次伤害,也可以感觉到还有相当多公众未认可这样处理杀人案件。^{〔1〕}由于故意杀人是一种有直接被害人(苦主)的犯罪,因而对杀人犯不判处死刑确实会受到来自被害人亲属的巨大压力。从这个意义上说,可以将杀人罪的死刑当作死刑的最后堡垒。也就是说,死刑的废除与限制,同样应当讲究策略,否则欲速不达。对于那些没有直接被害人的犯罪的死刑,是首先可以考虑限制乃至废除的。对于具有直接被害人的犯罪,尤其是故意杀人罪,其死刑的废除当然可以最后考虑。即使是限制适用也应该划出一些明确的界线。当然,公众对故意杀人罪死刑的态度并不能等同于公众对全部死刑的态度,这主要是因为故意杀人是一种十分特殊的犯罪,而杀人偿命的观念在中国又如此深入人心。因此,对于故意杀人罪的死刑,公众会更为敏感。我认为,死刑的限制以至于最终的废除,需要足够的耐心。社会承受力当然是

〔1〕 方工:《减少死刑适用不要忽视社会承受力》,载《检察日报》2006年1月23日。

应当考虑的因素,但社会承受力又是可以改变的,而且,对于不同犯罪的死刑,社会承受力也是不同的,对此不可不察。

本卷持续地对死刑进行讨论,在“死刑研究”栏目中,共发表4篇风格迥异的论文。樊文的《死刑制度的刑(诉)法学和犯罪学审查报告》一文,从刑法学、刑事诉讼法学和犯罪学的角度对死刑制度的正当性和必要性进行考察。本文采用“审查报告”这样一种文体,显得较为庄重正式,也是较为新颖独特的。本文的篇幅虽然不是太长,但涉及死刑制度的一系列重大问题,结论有力,且具有一定的国际视野。宋云涛的《死刑核准权变迁的制度经济学分析》一文,采用当下较为流行的制度经济学的分析方法,对死刑核准权的变迁进行了较为深入的思考,提出了死刑核准权配置模式由分权型向集权型的回归更加符合正义和司法的一般规律,也更加有利于我国司法资源的合理配置的结论。这一说法对于最高人民法院收回死刑复核权的改革举措,当然是给予了学理上的支持。方鹏的《死刑错案的理性分析——对媒体报道的33起死刑错案的实证考察》一文,专门对死刑错案进行了研究,这在我国刑法学界是从来没有做过的一些工作。由于我国死刑数据保密,对于死刑的司法适用情况,一般学者均无精确的数据,这就给死刑研究带来极大的困难,更不用说实证研究了。死刑错案是死刑制度中一个十分敏感的话题,全面数据当然是无从了解的,但方鹏采取了一种较为讨巧的方法,就是以媒体披露出来的30多个死刑错案为标本进行实证研究,力图揭示死刑错案形成的规律。林维等人的《〈关于最高人民法院死刑立即执行复核程序的规定〉(建议稿)及其说明》也是一个十分独特的研究成果。在死刑复核权即将收回最高人民法院行使的背景下,全国律协刑事业务委员会与中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心联合组成课题组,起草了《最高人民法院死刑复核程序的规定》(建议稿)。全国律协刑事业务委员会、中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心于2005年3月联合召开了“最高人民法院收回死刑复核权之对策”研讨会,与会专家学者对课题组起草的建议稿提出了修改意见。会后,课题组根据这些意见对建议稿进行了修改整理。本卷所载的就是正式定稿的建议稿。以建议稿的形式,将专家学者的观点集中反映出来,不失为一种较为独特的研究方法,可供读者参考。

在“理论前沿”栏目中发表了3篇论文。上卷发表了康伟的《犯罪表象形成机制》的上半部分,本卷发表其下半部分,从而可以领略全文。何庆仁的《刑法的沟通意义》一文,运用哈贝马斯的“沟通理论”,并参考考夫曼等人的著作,对刑法的沟通意义进行了全新的解说。这种刑法的新思与新知,是推动刑法理论创新发展不可或缺的动力。即使我们不同意文中的某个或者某些具体观点,但作者的这种探索精神,不能不令人敬佩。童伟华的《刑民不分与刑民有分——以比较法为视角》,也是一篇颇有新意的论文,对中西刑法演进史进行了艰辛的考察,结论引人深思。“理论前沿”是一个发表具有创新精神论文的栏目,上卷与本卷均有佳作问世,这使我感到十分高兴。

在“刑事政策研究”栏目中,发表了2篇论文。卢希起的《一种人本主义的刑事政

策观》一文,指出了人本主义刑事政策观的命题。这一刑事政策观的要旨是一种以人为中心和归宿、谋求人的解放和幸福生活的思维。这种刑事政策悲悯人性,关注人生,正视个性,主张非犯罪化和废除一切残酷的刑罚,实现刑罚个别化,教育和改造犯罪人,使之复归社会。论者对此进行了视野较为广阔的论证,这是对刑事政策的一种颇具创见的理论开掘,值得嘉许。王亚凯的《加州三振出局法研究》一文,是对美国加州的一种具体刑事政策的介绍。“三振出局法”犹如我国的“严打”,是对严重犯罪从严整治的一种刑事政策的举措,颇具参考价值。

在“刑事程序研究”栏目中,发表了4篇论文。肖晋的《刑事程序人道论》一文,指出了程序人道这一制度伦理,作者认为以往的程序正义理论过分扩张,遮蔽了程序人道的价值。某些问题,应该是人道与否的问题而非正义与否的问题,这两个问题是有不同的,但过去经常混为一谈。作者力图区分程序正义与程序人道,并对其理论意义与实践意义进行了论证,这是对程序理论的一种贡献。冀祥德的《检察官自由裁量权之自由与不自由》一文,从具体事例出发,对作为公诉人的检察官是否退庭的问题,进行了具有一定深度的理论探讨。由于检察官公然退庭的事例极为罕见,正好凑巧被作者遇上,因而对此进行了讨论。这一法理上的讨论是极为必要的。吴丹红的《刑事诉讼中的律师保密义务》一文,对律师的保密义务问题进行了深入研究,虽然这只是刑事程序中一个极小的问题,但对于刑事程序的完善也是具有重要意义的。黄士元的《刑事缺席审判研究》一文,讨论的是刑事程序中的缺席审判制度。由于大量贪官外逃,我国加入了有关国际反腐公约,如何通过有效的法律途径使外逃贪官受到应有的法律制裁,应成为一个迫切需要解决的问题。作者指出,在我国建立针对外逃被告人的刑事缺席审判制度的构想,不失为一种可供选择的方案。

在“正当化事由研究”的专栏中,发表了2篇相关论文。肖吕宝的《正当化事由在犯罪构成中的地位与根基》一文,结合犯罪构成体系的建构,讨论了正当化事由的体系性地位及其根基问题。正当化事由是一个十分值得探讨的问题,我国传统犯罪构成理论对这一问题的解决是十分不理想的,因而对这个问题的讨论实质上就是对犯罪构成体系的讨论,必将会长期持续下去。陈樨的《正当化事由的证据法探究——以犯罪构成理论为角度》一文,从一个具体案例出发,对正当化事由认定中的证明责任问题,从证据法角度进行了探讨。本文角度较为别致,同时这一问题也具有现实意义,因而这种研究方向是值得肯定的。

在“实证研究”栏目中,发表了2篇论文。李燕兵的《我国上市公司高管职务犯罪调查及实证分析》一文,在收集大量上市公司高管职务犯罪的数据资料的基础上,对此进行了实证分析。本文是作者博士学位论文的一部分。作者作为一名司法实务工作者,能够将其博士论文的写作与本职工作紧密结合在一起,并且写出如此高水平的论文,确实值得我们学习。我的《对68起无罪案件的实证分析》一文,是对康为民主编《罪与非罪——典型无罪实例分析》一书中68起无罪案件的进一步分析,也算是另一

种意义上的实证分析。

在“刑事法论坛”栏目中,刊登了一篇内容十分丰富的实录性文字。篇名是《“违法性认识”高级论坛实录》。2005年10月25日至26日,第二届“全国中青年刑法学者专题研讨会”在西南政法大学举行,本次研讨会的主题是违法性认识。与会者围绕这个非常专门纯正的刑法学术问题进行了为期两天的热烈讨论,《实录》将这一讨论的成果提供给大家,我想这对读者来说是另一种“与会”。

在“域外传译”栏目中,发表了乔治·弗莱彻的《20世纪的刑法理论》一文,该文作者弗莱彻教授虽为美国刑法学家,但对大陆法系刑法理论颇有研究,因而本文的内容能够超越两大法系,不失为一篇气势恢弘之作。译者江湖准确的翻译使我们能够领略弗莱彻教授的思想,对此也要深表谢意。

本卷“专题研究”栏目中的内容同样是十分丰富的,徐立的《犯罪数额问题研究》一文,讨论的主要是犯罪数额这样一个老生常谈的话题,但老话题说出新意也是最不容易的。我们鼓励新题新作,但同样也鼓励老题新作。高艳东的《预备行为整体犯罪化的批判性反思》一文,对我国刑法中的“预备行为整体犯罪化”这一立法现象进行了反思,主张预备行为个别犯罪化的立法方式,这是作者关于刑事可罚性根据研究这一庞大研究课题中的一个问题。若能将其置于整个刑事可罚性根据理论中进行理解,则能够更加准确地把握作者的观点,并领会作者的学术脉动。周娅的《短期自由刑改革措施论纲》一文,从刑罚改革这一角度对短期自由刑的改革问题进行探讨,这一探讨对于我国刑罚的发展将具有参考价值。赵星的《缓刑制度研究》一文,从多元视角对缓刑制度进行了在我看来是极有新意的研讨,无论在资料上还是在理论上,都有创新之处。葛磊的《社区矫正性质的初步考察》一文,以刑罚演进为背景,对社区矫正的性质进行了颇有历史感的分析,理论视野开阔,这种研究与写作的方法,正是我十分欣赏的。

由于本卷的篇幅有限,还有一些精彩之作只能编入下一卷,我期待着有更多的新作与读者见面。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年10月7日凌晨

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

[死刑研究]

死刑制度的刑(诉)法学和犯罪学审查报告/樊文	(1)
一、死刑是刑罚吗	(1)
二、死刑可以终结吗	(4)
三、怎样执行“死刑之死”	(9)
死刑核准权变迁的制度经济学分析/宋云涛	(13)
一、死刑核准权配置模式的历史沿革	(14)
二、方法论的确立:制度变迁理论	(15)
三、分权型死刑核准权配置模式:权力语境中的运行机制	(16)
四、死刑核准权的集权型配置模式:权利语境之下的期盼	(21)
死刑错案的理性分析/方鹏	(26)
一、死刑错案的研究样本说明	(27)
二、死刑错案的表象分析	(37)
三、考察死刑错案的成因	(45)
四、考察死刑错案的审判程序	(69)
五、死刑错案与死刑存废	(77)
《关于最高人民法院死刑立即执行复核程序的规定》(建议稿)	
及其说明/课题组	(91)
一、几点说明	(91)
二、正文	(91)

[理论前沿]

犯罪表象形成机制(下)/康伟	(105)
三、群体的参与:浮动的权力	(105)
四、权力的互动:替罪羊机制的形成	(118)
五、余论:我们怎样看待犯罪和犯罪人	(128)
刑法的沟通意义/何庆仁	(138)
一、沟通理念与刑法	(138)
二、通过语言的沟通:符号与图像	(144)
三、通过运作的沟通:解释与归责	(150)
四、沟通不可能:市民刑法与敌人刑法	(166)
五、结语	(175)
刑民不分与刑民有分/童伟华	(176)
一、两大文明古国的法律史考察	(176)
二、对经济决定论的回应	(182)
三、刑法文化的生成和民法文化的排斥	(185)
四、为什么古罗马不是:两大文明古国之比较	(191)

[刑事政策研究]

一种人本主义的刑事政策观/卢希起	(201)
一、刑事政策和刑法价值观的分野	(201)
二、社会变迁与人本主义刑事政策观的勃兴	(202)
三、人本主义刑事政策观的构建	(215)
加州三振出局法研究/王亚凯	(220)
一、加州三振出局法的内容概述	(220)
二、加州三振出局法通过的社会背景	(224)
三、加州三振出局法的实施效果与成本分析	(229)
四、加州三振出局法引发的理论争议	(235)

[刑事程序研究]

刑事程序人道论/肖晋	(247)
一、绪论	(247)
二、理念论	(250)
三、实践论	(267)
四、尾论	(271)
检察官自由裁量权之自由与不自由/冀祥德	(272)
一、从容还是尴尬:直面公诉人之自主离庭	(273)
二、权力还是权利:解读公诉人之性质与诉讼地位	(277)
三、自由还是不自由:考量检察官之自由诉权	(280)
四、行业处分还是程序制裁:慎视公诉人自主退庭之法律后果	(284)
刑事诉讼中的律师保密义务/吴丹红	(286)
一、问题的提出	(286)
二、为何保密:律师特免权的理论基础	(290)
三、如何保密:律师—委托人特免权的内容	(296)
四、是否保密:我国律师—委托人特免权前瞻	(304)
刑事缺席审判研究/黄士元	(315)
一、问题的提出	(315)
二、针对外逃贪官的缺席审判制度的构想及其理论基础	(316)
三、现代各国的缺席审判制度	(319)
四、我所构建的刑事缺席审判的独特性及应注意的三个问题	(328)

[正当化事由研究]

正当化事由在犯罪构成中的地位与根基/肖吕宝	(332)
一、原有犯罪构成理论的缺陷	(333)
二、犯罪构成的规范性分析	(334)
三、正当化行为在犯罪构成中的地位	(339)
四、正当化事由的概念和范围	(342)
五、正当化事由的根据	(345)

正当化事由的证据法探究/陈轅	(352)
一、一个案件引发的思考	(352)
二、正当化事由由证明责任分配之理论模型	(353)
三、犯罪构成要件理论与正当化事由的证明责任	(359)
四、理论回归与问题解决	(364)
五、结束语	(370)

[实证研究]

我国上市公司高管职务犯罪调查及实证分析/李燕兵	(371)
一、我国上市公司的制度背景与主要矛盾	(371)
二、上市公司高管职务犯罪的基本情况	(375)
三、上市公司高管职务犯罪的结构统计与分析	(387)
四、上市公司高管职务犯罪与公司治理的关系	(397)
对 68 起无罪案件的实证分析/陈兴良	(405)
一、68 起无罪案件简述	(405)
二、实体法的分析	(408)
三、证据法的分析	(411)
四、程序法的分析	(413)
五、刑讯逼供的处理	(416)
六、司法理念的转变	(419)

[刑事法论坛]

“违法性认识”高级论坛实录/陈忠林等	(422)
一、违法性认识的概念	(422)
二、违法性认识是否有存在的必要	(439)
三、违法性认识的体系性地位	(451)
四、违法性认识的认定	(468)

[域外传译]

20 世纪的刑法理论/[美]乔治·弗莱彻 文 江潮 译	(482)
一、导言	(482)
二、犯罪论结构	(484)
三、规范性罪责理论	(488)
四、双轨制	(490)
五、女权主义的批判	(492)
六、被害人权利运动	(493)
七、宪法化	(494)
八、法典化	(496)
九、新世纪的展望	(498)

[专题研究]

犯罪数额问题研究/徐立	(500)
一、犯罪数额的概念	(500)
二、中外关于犯罪数额的立法模式的比较	(503)
三、犯罪数额的作用	(516)
四、犯罪数额的分类	(522)
预备行为整体犯罪化的批判性反思/高艳东	(530)
一、客观根据不足:危害原则无法充分支持预备行为犯罪化	(531)
二、主观根据不力:主观恶性不能有效支撑预备行为犯罪化	(538)
三、法治危机:预备行为犯罪化违背宪政刑法价值取向	(543)
四、规范冲突:预备犯法条存在逻辑矛盾并违背罪刑法定	(549)
五、实证追问:预备犯的惩处效果突破了底线司法正义	(553)
六、分解后的个罪化:预备行为的立法出路	(557)
短期自由刑改革措施论纲/周姪	(560)
一、短期自由刑的易刑处分	(561)
二、短期自由刑行刑处遇之改善	(570)
三、减少短期自由刑的宣告与执行	(576)

缓刑制度研究/赵星	(583)
一、缓刑的根据:以实证为视角的分析	(583)
二、缓刑的适用:实务问题探析	(593)
三、疏漏的天网:完善缓刑的深思与尝试	(595)
四、制度的创新:初步的建议与设计	(601)
社区矫正性质的初步考察/葛磊	(608)
一、引言	(608)
二、非刑罚化、非监禁刑与行刑社会化	(609)
三、从身体到灵魂的技术:刑罚制度变迁的本质	(612)
四、两种规训的意境:监狱与社区矫正	(618)
五、规训社会的成熟与集体意识状态的转变: 社区矫正产生的社会条件	(627)
六、结语:社区矫正性质的初步考察	(640)
《刑事法评论》征稿启事	(643)

[死刑研究]

死刑制度的刑(诉)法学和犯罪学 审查报告

樊 文*

已经认定的基本事实是:当今世界上许多国家的《刑法典》文本中用不同的语言还赫然写着不人道的、剥夺生命的刑事制裁手段——死刑;同样犯罪的行为人,在存在死刑的国家和没有死刑的国度,有着天上人间的不同命运与代价。需要审理的问题是:死刑是刑罚吗?死刑是否可以放弃?国家设立死刑制度的理据是什么?^[1]人的生命因为国别而在法律理论和现实上是否应有贵贱?公民的生命权在刑法上是绝对保护的价值吗?^[2]当今全球废除死刑运动的工作重点在哪里?具体而切实有效的步骤有哪些?

一、死刑是刑罚吗

死刑消灭生命,那是因为它的前命题肯定是,只有消灭了肉体,才能消解罪犯的部分罪恶。^[3]因此认为,罪犯犯罪的根本原因在于他/她的存在。^[4]这实质上是在说,行为人继续存在(只要活着),就会继续犯罪,是命中注定要犯罪的,是不可救药的,从犯罪预防的角度来说是没有预防可能性的,所以只能推定其为天生犯罪人。天生犯罪人因为它是遗传学上人种中的坏种,是生存竞争中的应被淘汰者^[5],是应该被剔除掉

* 作者系中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员,德国弗赖堡大学法学院博士研究生。

[1] 立法机关从来没有举证。

[2] 这可以通过正当防卫、紧急避险和死刑制度与堕胎、基于他人要求的杀人以及参与自杀、死亡帮助的刑法规定上的比较得出结论,这里仅仅就此提出问题,不作展开。

[3] 因为还有死有余辜之说。

[4] 要不,为什么要立即执行?除了该原因,再也找不到其他更有说服力的理据;但是,消灭了个体的沉重肉身,并没有消灭罪恶的根源问题。

[5] 社会达尔文主义。

的,故而其生命权是不应该受到保障的。另外,比较受身体刑、自由刑、罚金刑、名誉刑的罪犯而言,死刑犯绝对没有任何再犯的可能,因而,死刑对于犯罪人是最有效的“特殊预防”手段。这应当是死刑存在的逻辑。

但是,天生犯罪人是命运犯,该人意志不自由,没有罪责,没有可责性,不能用刑罚来对待,因为对其适用刑罚就像对疾病进行非难一样,没有任何的实际意义。

刑罚应该是什么?为什么要处以刑罚?刑罚的任务是什么?根据现代刑罚理论最一般的理解,刑罚是根据不法和罪责的严重程度来确定的一种可感知的痛苦和祸害,它表明了国家对行为的公开反对和拒绝,是对严重违法行为罪责的强制抵偿和消解,以此证明法规范一如既往的有效性。另外,刑罚也应该对于行为人本人产生积极的效果,这样就有助于行为人的再社会化,或者说至少不会妨碍其再社会化。^[1] 刑罚在本质上是国家通过对犯罪人必要而适当的制裁,使其痛苦地感受到过去行为给其在法律地位上带来的现实不利和污点状态。一方面表明国家对行为人的非难和警告,另一方面通过这种强制向其弃恶从善的理智发出号召。刑罚的任务体现在所赋予刑罚的意义和目的上。刑罚的意义在于罪责抵偿、实现和解^[2];刑罚的目的则是惩前毖后、预防犯罪。^[3] 片面地强调意义或者目的两者其一,就会要么导致不人道的刑事政策,要么导致不公正的刑事政策。^[4] 寻求罪责抵偿的刑罚意义和预防犯罪的刑罚目的之间的均衡关系,应该是人道、理性而科学的刑事政策的指导思想。在刑罚目的的二律背反关系^[5]上,重心应该向特殊预防方向上进行转移。这样,刑罚的目的定位就是:以罪责原则为刑罚的根据和界限^[6],通过特殊预防(惩前毖后)来实现一般

[1] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 13.

[2] 处决和解一方就是排除和解的纯粹报应。

[3] 死刑消灭了行为人的将来;死刑犯不可能重新犯罪,再犯率为零。

[4] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 746. 如果国家对面临的犯罪仅限于防止,就不会满足社会成员的公正需要,必然会重新回到滥用私刑上去。Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 64.

[5] 指一般预防和特殊预防的刑罚目的的矛盾关系(Antinomie der Strafzwecke)。可以推测但不可证明的是,抵偿罪责意义上的公正的刑罚以理想的方式考虑到了一般预防的愿望,但是以威慑目的为重心纯粹以公众或政治所期望的稳定社会秩序的结果来设计刑罚制度,会出现为了日益滋长的长治久安的公共福利思想而牺牲对于个体的刑罚公正的危险,死刑制度正是这种危险的残酷现实。

[6] Roxin, Claus: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Aufl., 1997, S. 62. 他认为,刑罚服务于特殊预防和一般预防的目的。刑罚的严重程度受制于罪责的程度,只要这种刑罚的严重程度对于特殊预防的需要是必要的并且不阻碍一般预防的最低要求,就不能超越行为的罪责程度。

预防^[1],而不是通过片面而纯粹的报应实现恐怖;通过特殊预防(教化行为人)而实现犯罪人的再社会化^[2],而不是把犯罪人永远地开除出社会共同体。

所以,结论只能是:

1. 不管是龙勃罗梭提出的天生犯罪人,还是东方神相言中的牢狱命相之人,皆是决定论上的天生罪犯。

2. 天生罪犯是命运犯,没有意志自由,没有罪责,没有可责性,没有刑罚可罚性。

3. 死刑以天生犯罪的假设为前提,但是天生犯罪人又不能以刑罚来对待,而且死刑不符合刑罚的现代标准和本质,无法完成刑罚的任务,死刑明显不是刑罚。

4. 犯罪生物学尚未肯定天生犯罪人的存在。也就是说,死刑预设的事实前提并未证成,那么死刑针对的就可能是非决定论上的犯罪人。

5. 非决定论上的犯罪人有意志自由,就有作出不犯罪的可能,这样,刑罚的预防目的就是可能实现的,死刑是违背刑罚目的的,因而,非决定论的犯罪人预设断然不是死刑的前提。

6. 如果死刑以命运犯为前提,则死刑不是刑罚,更何况命运犯的存在并未取得可靠的实证;如果以非决定论的犯罪人为前提,从刑罚的合法性、本质、意义和目的来看,死刑绝对不是和不应是犯罪行为人的命运。死刑不可能是刑罚。

7. 退一步,死刑如果是刑罚,那么罪责全部由个人承担,在犯罪学上就可以推定,犯罪的原因仅仅在于个人的禀赋和天性,而与个体赖以生存的社会和环境等其他变量没有任何关系。这样,死刑犯就是天生犯罪人。但是,这样的论断从来没有得到实证研究结果的支持。

[1] 一般预防以犯罪学理论上的学习论为根据,也就是说,犯罪人之外的人,从对犯罪者的惩罚中学习到教训,从而影响本人行为的选择。然而,学习论本身并不是能够自圆其论的知识论,因为它不能回答行为的第一个人又是向谁学习的?另外,犯罪学目前还没能回答自己的问题:人为什么去犯罪?人为什么不去犯罪?不去犯罪的原因肯定不会仅仅是由于刑罚的存在,要不然,就没办法解释:既然刑罚存在了而且不断地处罚犯罪人,但是每天都有而且将来肯定会有犯罪的发生?同时,社会心理学上的“心理强制论”和犯罪学上的经济理性人论也是一般预防理论的基础。一般预防优先的刑罚理论容易导向治乱国用重典的重刑政策。

[2] Weigend, Thomas: Resozialisierung die gute Seite der Strafe? In: Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60 Geburtstag von Herrn Professor Heike Jung. 1. Aufl., 2004, S. 181 - 193. 借助于刑罚的再社会化思想的实质在于,通过合比例的制裁来抵偿行为罪责并使得行为人得以改善。再社会化原则和思想,可以从国家的社会主义基本原则和人权及人的尊严的根本原则中推导出来。再社会化,一方面是犯罪行为人对国家的基本权利上的要求,另一方面,它应是国家的宪法义务。任何犯罪行为人可以要求社会主义国家尊重其扎根于人的尊严中的人格发展权,这种人格发展权的尊重可以通过向其提供各种必要的帮助,使其重新融入社会并过上一种不再有刑罚的生活的方式得以实现。

死刑不是刑罚^[1],死刑是什么?这个问题只能留待主张死刑必要性的人们去回答。

二、死刑可以终结吗

主张死刑者的关键理据在于:对于严重犯罪的威慑,死刑是不可放弃的。经营黑色经济、威胁国家权力、瘫痪社会运转的有组织犯罪、毒品犯罪和结构性腐败犯罪,给人类带来灾难性后果的恐怖犯罪与环境犯罪以及整体犯罪率持续大幅度上升的严峻安全形势,给这种主张的说服力提供了现实根据;危险刑法和敌人刑法的提出,似乎回应了平民主义严厉刑罚和甚至恢复死刑的要求;媒体和“舆论导向专家(Spin-Doktor)”^[2]塑造的假象世界加剧了人们的“道德恐慌(Moralische Panik)”^[3]。不可放弃死刑似乎成了理直气壮的时代精神。

我们反对死刑不可放弃论的主要理据在于:

1. 如果存在刑罚的威慑效应,它只能被假定为针对故意和预谋犯罪。但是,在现行的实务中,我们可以看到不少被死刑威胁的犯罪却缺少这样的前提,比如由于义愤而冲动杀人的犯罪,死刑的威慑效应一开始就被排除了。

2. 死刑的威慑效应是值得怀疑的。这主要在犯罪统计分析中可以得到明确的反映。从不同国家公布的统计资料来看,至少可以看出,一方面,死刑废除后,投资犯罪率没有上升;另一方面,引入死刑后,也没有下降。在实证犯罪学上,犯罪学家 Sellin 在 20 世纪 50 年代在美国对死刑威慑效应做了第一次意义重大的实证检验,通过对一些特定的犯罪类型(杀人犯罪)在(有和没有死刑的)不同州和(废除前后的)不同时期的比较,得出的结论认为:死刑对于这类犯罪不存在威慑效应。之后的一些其他犯罪类型的经验研究也有与此相反的结论,但由于存在方法上的致命缺陷而丧失了可靠性和有效性。比如,经济学家 Ehrlich 在 20 世纪 70 年代进行的研究及其所证明的死刑强大

[1] Hoche, Die Todesstrafe ist keine Strafe, MschrKrim., 1932, S. 553 - 558. Antonia Seitz, Die Todesstrafe ist keine Strafe. Von der Beteiligung bedeutender Mediziner an Fragestellungen um Verbrechen und Strafe, unter besonderer Berücksichtigung der Todesstrafe 1865 bis 1933, im deutsch-italienischen Vergleich. 1. Aufl., 2003.

[2] Spin-Doktor/spin doctor, 舆论导向专家,指专事引导舆论达到特定政治目的的人。其任务是给常常让人不能接受的政治现实套上一层能为公众接受的外表;把尽可能让人信服的倾向性加到对各种问题的回答中。报界把他们叫做舆论导向专家。该词是《纽约时报》社评作家 Jack Rosenthal 于 1984 年造出的。该词在 1988 年的美国总统选举中再次出现,因而开始为大众所熟悉。1995 年收入牛津词典。1999 年收入上海译文出版社《英汉大词典》(补编)。该词显然来自棒球运动。

[3] Albrecht, Hans-Jörg: Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz. 2004, S. 453 - 483. Moralische Panik/ moral panic, 道德恐慌的特征是某个社会中相当数量的人感到坏人及其行为对社会和道德秩序构成威胁,因此对于这些人及其行为应采取一定的措施。