

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
19
卷

2006

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D914-53

1

:2006(19)

2007

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
19
卷

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19卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 3

ISBN 978-7-301-11704-0

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(2007)第036344号

书 名: 刑事法评论·第19卷(2006)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 江 溯 杨剑虹

标准书号: ISBN 978-7-301-11704-0/D·1716

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: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 42.25印张 844千字

2007年3月第1版 2007年3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

2006年6月15日,《南方周末》报道了某反腐专家提出的关于废除腐败官员死刑的建议,随即引起了读者的关注,并招致网络上过激言论的指责,甚至将反腐专家称为“腐败官员的代言人”^{〔1〕}。在关于贪污贿赂等腐败犯罪是否需要动用死刑的问题上,当然是可以讨论的。这种讨论中不应当有政治正确,尤其不应当以感情代替理性。在这一讨论中,涉及贪官外逃问题。由于大量贪官外逃,为将这些贪官引渡回国受审,就要承诺对这些贪官不适用死刑。为此,出现了对这一承诺的质疑:这岂非不平等,甚至是鼓励贪官外逃。因为不外逃的贪官要判处死刑,而外逃贪官则可以不判处死刑。这里确实存在一个悖论,表面上看也确实不平等,但问题在于平等是相对的,公正也是相对的。平等与公正甚至是有代价的,是比较而言的。以贪官外逃为例,我们只能在两者之间作出选择:要么不承诺不判处死刑,让外逃贪官逍遥法外;要么承诺不判处死刑,将外逃贪官引渡回国受审。相对于没有外逃的贪官而言,这两种情况对其都是不平等,但哪一种不平等更小,我们就应该选择哪一种,而不能为避免小的不平等而导致大的不平等。公正也同样如此。对于贪污受贿等犯罪废除死刑,也有人认为不公平。在非暴力犯罪中首先废除死刑也不应该是贪污贿赂等腐败犯罪,否则就是违反公正。其实,腐败犯罪是最敏感的,其死刑在非暴力犯罪中也是最典型的,它最能够反映公众对死刑的容忍程度。现在人们往往有一种简单化的认识:只要腐败犯罪废除死刑,每个官员就都会腐败;只要外逃贪官引渡回国承诺不判处死刑,每个贪官就都会外逃。依此类推,只要杀人不废除死刑,人人就会去杀人。在这一认识背后,潜藏着的是刑罚迷信,甚至是死刑迷信的心理。其实,犯罪与刑罚之间的相关性决不如人们想象的那么大。在某种意义上,甚至可以说犯罪的多少与刑罚的程度之间根本就没有内在联系。因为犯罪是由不以刑罚为转移的其他原因造成的。为减少犯罪就要找出这些原因并加以弥补。至于刑罚,只能是一种治标的手段。以贪污受贿这些腐败犯罪而论,关键在于我国目前权力过于垄断,缺乏监督更缺乏制约。绝对的权力就必然导致绝对的腐败,这是至理名言。因此,对于贪污受贿等腐败犯罪而言,我们更应该从体制上寻找漏洞。通过制度创新减少腐败产生的社会条件,这才是治本之道。

〔1〕 关于讨论的情况,参见:《专家建议废除贪官死刑遭批,自称不是腐败代言人》, <http://news.sohu.com/20060622/n243874986.shtml>。

《刑事法评论》第19卷仍设专栏讨论“死刑问题”,这也将是我们长期关注的一个问题。葛向伟的《故意杀人罪在中国废除死刑道路中的坐标定位》一文,以故意杀人罪切入,对中国废除死刑的进程进行了探讨。杀人罪是死刑的最后一个堡垒,是所有犯罪中最后一个废除死刑的罪名。本文结合我国关于故意杀人罪死刑的立法与司法,尤其是穿插典型案例进行有针对性的探讨,是在死刑个罪研究方面颇有见地的一篇文章,值得一读。赵兴洪的《死刑缓期两年执行适用标准研究》一文,采用实证分析的方法,对死缓的适用标准进行了深入的研究,在方法论上有所创新。我国刑法对死缓规定的适用标准是“罪该处死,但不是必须立即执行的”。对于何谓“不是必须立即执行”,既无法律明文规定,又无司法解释,从而导致死缓与死刑立即执行之间界限模糊。在这种情况下,作为理论工作者,我们不仅要从应然的角度回答“不是必须立即执行”应当如何掌握,而且还要从实然的角度回答“不是必须立即执行”实际是如何掌握的。本文侧重于回答实然的问题,但实然问题的回答显然是有利于我们解决应然问题的。就理论研究而言,我们更应当倡导实证分析的方法。吴情树、李明的《论死刑案件二审开庭的意义及应对——一个生与死的程序运作》一文,对死刑二审开庭问题作了专门探讨。为配合最高人民法院收回死刑复核权,最高人民法院正在推动死刑的二审开庭,我认为这是十分必要的。在现代法治国家,审判必须采取开庭的形式,贯彻直接言词原则。但在相当长一个时期内,除一审开庭以外,二审基本上是不开庭的,甚至死刑案件都不开庭。在我国竟然存在不开庭的审判,这确实是匪夷所思的。在刑事诉讼中,二审的不开庭审判严重地剥夺与限制了被告人的诉讼权利,不利于司法公正的实现。以死刑二审的开庭审判为契机,我期盼着所有刑事案件的二审都开庭审判。在本卷的死刑研究栏目中,发表了两篇美国学者关于亚洲死刑的论文。作者富兰克林·齐姆林教授和大卫·约翰逊教授都曾于今年4月初来北大法学院访问并发表关于死刑的演讲。这两篇论文正是演讲的底稿。从美国学者的报告中,我们不仅可以了解亚洲尤其是日本的死刑状况,而且更应该重视其研究的方法论。应当指出,这两篇论文都是江潮翻译的。此外,江潮还承担了两位美国教授演讲的口译任务,为中美两国在死刑问题上的学术交流做出了重要的贡献。

在“理论前沿”栏目中,四篇论文涉及刑法的基本理论问题。其中,樊文翻译的德国著名刑法学家克劳斯·罗克信的《刑法的任务不是法益保护吗?》,是作者的一篇重要论文。这里涉及刑法理论中的法益侵害说与规范违反说之争。德国著名刑法学家雅科布斯教授是规范违反说的有力倡导者,主张刑法的任务不是法益保护,而是防止规范效力的损害。但罗克信教授显然是法益侵害说的坚定捍卫者。罗克信认为,正是法益理论为刑法的暴力干涉找到了一个界限:刑法只能保护具体的法益。这一命题确实是刑法的根本。值得一提的是,本文译者樊文作为中国社会科学院法学研究所的研究人员,目前正在德国弗莱堡大学法学院攻读博士学位。他辛勤的译事,使我国得以获知刑法理论研究的前沿信息。陈晖的《刑法学科学主义倾向之反思》一文,角度十分

新颖,讨论了刑法学的科学主义问题。科学主义既有利也有弊:其利在于理性,使刑法知识摆脱蒙昧而成为一种科学,为刑法现代化奠定了知识论的基础;其弊在于过于理性,对现实生活具有遮蔽性。因此,本文作者提出“走出刑法科学主义的困境”的命题,是值得我们思考的。聂昭伟的《犯罪构成体系的完善:以诉讼证明为视角的思考》一文,为我国提供了完善犯罪构成体系的一个新视角,这就是诉讼证明。犯罪构成要件,也就是诉讼证明的客体,两者之间具有密切相关性。那么,从诉讼证明的角度对犯罪构成体系的完善到底能够提出何种见解,我想每个读完本文的人都会有自己的答案。丁鹏的《梳理、反诘与澄清:对危害结果概念的一个规范检讨》一文,对危害结果这一犯罪成立要件作了重新梳理。危害结果,在我国刑法理论中也称为犯罪结果,被认为是犯罪构成的必备要件。但犯罪结果与行为结果是否存在区分,对于结果犯与行为犯以及实质构成与形式构成的关系如何界定,都是没有得到圆满解决的问题。丁鹏的论文也未必能够将这些困惑一扫而光,但至少提供了一个解决的方向,这就是本文的意义之所在。

在“刑事程序研究”栏目中,徐阳的《交涉正义初探——一个刑事程序正义视角的阐释》一文,提出了程序正义的另一种形式:交涉正义。作者认为,当代程序正义呈现出交涉性的特质。交涉正义在主体性基础上发展出了重拾主体道德尊严的主体间性。作为正当化资源的交涉正义,在形式合理性与实质合理性之间,成为消解法治正当性危机的契机。在作者看来,刑事诉讼中的辩诉交易、刑事和解、罪名变更程序、量刑程序、陪审制等都是交涉正义的制度样态。本文的观点是较为前沿的,其对伦理学等学术资源在刑事程序法学中的引入与运用的努力值得赞许。白冬的《论刑事诉讼人权保障机制的目标模式》一文,提出了刑事诉讼人权保障机制的目标模式这样一个概念,并揭示了这一目标模式中的保障、参与和救济等三个要素,它们之间存在一定的关联性,从而形成不同的目标模式。作者对这一问题的论述具有一定的独到见解,对于深化刑事诉讼人权保障机制的研究具有重要的理论意义。孙运梁的《口供的前生今世:一种刑事法治视角的考察》一文,是对口供的系统探讨。我国仍然处于一个口供中心主义的诉讼结构之中。要改变口供的命运,非改变诉讼结构不可。这也正是从刑事法治视角考察口供得出的必然结论。

在“刑法学人”栏目中,发表的是德国学者托马斯·魏根特的《论刑法与时代精神》一文,译者是樊文。论文的題目令我想起李海东博士在其《刑法原理入门(犯罪论基础)》一书的代自序——“我们这个时代的人与刑法理论”中所引的耶塞克教授的一句话:“刑法在某种意义上是我们文化状态最忠实的反映并表现着我们国家占主导地位的精神状态。”能说出这样的话的人,不愧是刑法学大师。只有将刑法与时代精神联系起来,以刑法理论反映时代精神的刑法学家,才是真正的刑法学家。每当想到这一点,耶塞克教授就使我们高山仰止。

“读书札记”是本卷新设的一个栏目,发表的是周微的《刑法的知识形态及其他》一

文。其实,这并不是一篇为发表而作的论文,而是一篇真正意义上的读书笔记。周微之所以发给我,是为了想让我了解她的读书状况。我以为,本文虽然不具有论文的外形,不符合学术规范(例如全文无注等),但它以一种真实的面目反映了作者读书时的心情,这是一种学术的原生态,发表出来也还是有启发意义的。现在的论文已经陷入八股的泥沼。我鼓励学生多写一点具有个人感情性的文字,在学术中彰显个性,惟有如此才有出路。

“共同犯罪研究”发表了两篇研究共同犯罪的专题论文。杨金彪的《共犯的处罚根据论——以引起说内部的理论对立为中心》一文,对共犯的处罚根据论进行了颇有深度的探讨。这一问题在德日刑法学中是一个学术积淀颇深的理论问题,我国刑法学界则鲜有论及。杨金彪的论文以介绍德日理论为主,也引入了中国刑法的分析视角,因而对于提升我国共同犯罪的理论研究具有重要意义。刘士心的《间接正犯理论中的特殊问题》一文,对间接正犯的着手与终了、罪数与共犯、认识错误、实行过限等问题展开论述,使对间接正犯的讨论进一步深入。

在“实证研究”栏目中,发表的是宋云苍的《贪污受贿案件量刑均衡问题研究》一文,作者是检察官,采用实证方法对贪污受贿案件的量刑均衡问题进行了实证研究,具有较强的说服力。

“专题研究”照例是占有最大篇幅的栏目,共有六篇论文。樊百乐的《普通法视野中的刑事类推与罪刑法定——以美国法为例》一文,主要研究了司法推理等法律技术问题。罪刑法定原则蕴含着丰富的刑法价值。这种价值只有通过一定的法律技术才能实现。在刑法价值与司法技术之间如何保持一种合理的张力,这确实是一个值得研究的问题。樊百乐的论文在一定程度上回答了这个问题。我的《正当防卫的制度变迁:从1979年刑法到1997年刑法——以个案为线索的分析》一文,对正当防卫的制度演变过程作了勾画,尤其是结合个案进行分析,可以看出立法理性与司法逻辑之间的紧张关系。倪业群、李雪菲的《非精神病精神障碍犯罪刑事责任研究》一文,对非精神病精神障碍犯罪的刑事责任问题进行了探讨。关于这个问题,以往我国刑法学界讨论不多,因而本文具有一定的学术意义。唐煜枫的《名誉权的刑法保护及其限制:一个宪法规范的视角》一文,对名誉权的刑法保护问题进行了探讨,涉及刑法上的侮辱罪、诽谤罪等侵犯名誉权的犯罪。作者能够从宪法规范出发,对刑法问题进行考察,这一视角具有独特性。钱向阳的《婚内强奸的文化分析》一文,是作者对婚内强奸问题长期研究的成果,本文涉及文化方法和意母学方法,这都是我们较为陌生的。作者主张以意母学方法替代当前的文化方法,并对此作了系统论述。这是一篇从刑法之外研究刑法的论文。我们应当关注的不仅是本文的结论,更应关注其研究方法。汪明亮的《论犯罪饱和性生成模式:犯罪宏观生成模式研究》一文,是犯罪学中犯罪原因理论的重要成果。作者曾采用犯罪生成模式的概念,并将这种犯罪生成模式分为微观生成模式与宏观生成模式。本文是对犯罪宏观生成模式的研究,作者提出了犯罪饱和性生成模式的

命题,并进行了深入论述。

《刑事法评论》第19卷的内容我以为是十分丰富的。本卷对外国学者的思想与理论的译述使我们能够打开学术视野,而年轻学者的作品也都各具特色,这反映了我国刑事法各领域的最新成果。我期盼着更多的原创性成果在《刑事法评论》上发表。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年12月29日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

[死刑研究]

故意杀人罪在中国废除死刑道路中的坐标定位/葛向伟	(1)
--------------------------------	-----

一、引言	(1)
二、中国废除死刑道路的“三步走”设计	(4)
三、故意杀人罪立法的改革方向	(8)
四、故意杀人罪中的酌定情节法定化及情节竞合问题的把握	(12)
五、故意杀人罪死刑适用的前后慎重	(24)
六、故意杀人罪死刑适用的左右协调	(35)
七、结语	(42)

死刑缓期两年执行适用标准研究/赵兴洪	(43)
--------------------------	------

一、引论:问题的提出	(43)
二、死缓适用的实然标准	(47)
三、死缓适用的理论标准	(73)
四、死缓适用标准的规范化	(83)
五、余论:适用死缓就是废除死刑	(88)

论死刑案件二审开庭的意义及应对

——一个生与死的程序运作/吴情树 李明	(92)
一、问题的提出:死刑案件二审开庭程序的启动	(93)
二、价值与目标——死刑案件二审开庭的意义	(95)
三、机遇与挑战——死刑案件二审开庭的应对	(100)
四、生还是死:一个尚未走完的程序	(108)

亚洲的法律、社会与死刑/[美]富兰克林·齐姆林 大卫·约翰逊 文

江溯 译	(109)
一、引论	(109)
二、亚洲死刑政策的多样性:一个跨法域的路径	(110)

三、亚洲死刑政策的多样性:一个暂时性的路径	(112)
四、日本作为一个主要指示器?	(113)
五、东亚作为对欧洲理论的检验	(115)
六、结论	(117)
在国家秘密处决之处:日本的死刑/[美]大卫·约翰逊 文 江湖 译	(119)
一、丽子梦游仙境	(119)
二、墙上的砖	(122)
三、一部保密的历史	(126)
四、正当化理由	(134)
五、结论	(141)

[理论前沿]

刑法的任务不是法益保护吗?/[德]克劳斯·罗克信 文 樊文 译	(146)
刑法学科学主义倾向之反思/陈晖	(166)
一、科学主义与法学	(166)
二、刑法学科学主义的三个向度	(168)
三、刑法学科学主义是否可能?	(172)
四、诠释与对话:走出刑法科学主义之困境	(177)
犯罪构成体系的完善:以诉讼证明为视角的思考/聂昭伟	(182)
一、从证明对象上来审视我国的犯罪构成体系	(182)
二、从证明责任分配上来审视我国犯罪构成	(186)
三、从证明标准的要求上来审视我国犯罪构成	(191)
四、我国犯罪构成体系的缺陷与完善	(193)
梳理、反诘与澄清:对危害结果概念的一个规范检讨/丁鹏	(198)
一、必要的说明:“危害结果”概念的意义与指称的选择	(199)
二、危害结果定义的基点	(201)
三、危害结果的存在形式	(213)
四、危害结果的表现方式	(218)
五、余论	(219)

[刑事程序研究]

交涉正义初探

——一个刑事程序正义视角的阐释/徐阳	(222)
--------------------------	-------

一、伦理视野的交涉正义:从主体性到主体间性	(223)
二、刑事程序中的交涉正义:不同样态的分析	(226)
三、作为正当化资源的交涉正义:在形式合理性与实质合理性之间	(231)
四、结语:从现代到后现代的追溯	(238)
论刑事诉讼人权保障机制的目标模式/白冬	(240)
一、刑事诉讼人权保障机制目标模式的确立	(240)
二、刑事诉讼人权保障机制目标模式之评价	(242)
三、中国人权保障机制目标模式改革的构想	(247)
口供的前生今世:一种刑事法治视角的考察/孙运梁	(254)
一、引子	(254)
二、口供:历史与现状的比较研究	(255)
三、被告人权利的提升与口供效能的限缩	(260)
四、规训口供、保障被告人权利的进路	(269)
五、余论:人道主义的光辉让口供逊色	(279)

[刑法学人]

论刑法与时代精神/[德]托马斯·魏根特 文 樊文 译	(283)
--	--------------

[读书札记]

刑法的知识形态及其他/周微	(307)
----------------------------	--------------

[共同犯罪研究]

共犯的处罚根据论

——以引起说内部的理论对立为中心/杨金彪	(316)
一、共犯处罚根据论概述	(316)
二、纯粹引起说的困境	(322)
三、修正引起说的问题	(330)
四、折衷引起说的缺陷	(333)
五、本人的立场	(336)
间接正犯理论中的特殊问题/刘士心	(341)
一、间接正犯的着手与终了	(341)

二、间接正犯的罪数与共犯	(351)
三、间接正犯与狭义共犯的错误	(354)
四、被利用者中途知情	(359)
五、被利用者的实施过限、不足与转化	(360)
六、利用者对被利用者利用支配关系的解除	(362)

[实证研究]

贪污受贿案件量刑均衡问题研究/宋云苍	(365)
一、贪污受贿案件量刑实证分析	(365)
二、贪污受贿案件量刑失衡的原因	(391)
三、贪污受贿案件量刑失衡的危害	(400)
四、中外量刑均衡的研究与探索	(406)
五、构建贪污受贿案的刑罚阶梯	(415)
六、通过完善实体法和程序法来确保量刑均衡	(425)
七、结语	(429)

[专题研究]

普通法视野中的刑事类推与罪刑法定

——以美国法为例/樊百乐	(430)
一、普通法的历史源流与特点	(430)
二、罪刑法定语境下的刑事类推	(435)
三、普通法排斥类推的司法技术	(444)
四、逻辑与修辞之间：再论罪刑法定、普通法与刑事类推	(458)

正当防卫的制度变迁：从1979年刑法到1997年刑法

——以个案为线索的分析/陈兴良	(461)
一、1979年刑法：防卫权的初现与严打的阴影	(461)
二、正当防卫的修订：司法的偏差与立法的纠正	(469)
三、1997年《刑法》：司法的偏差与立法的偏差	(473)

非精神病精神障碍犯罪刑事责任研究/倪业群 李雪菲

一、非精神病性精神障碍犯罪概述	(480)
二、非精神病性精神障碍犯罪者的刑事责任能力的判定	(490)
三、对完善我国非精神病性精神障碍犯罪者刑事责任的几点思考	(500)

名誉权的刑法保护及其限制:一个宪法规范的视角/唐煜枫	(505)
一、我国名誉权的刑法保护体制及其局限	(506)
二、宪法规范、理念的导入	(511)
三、名誉权刑法保护之限制	(515)
四、余论:宪法在刑事审判中的价值	(522)
婚内强奸的文化分析/钱向阳	(524)
一、概述	(524)
二、有关婚内强奸的立法背景	(525)
三、司法实践中的婚内强奸	(536)
四、法律人的争论	(542)
五、普通人的态度	(546)
六、当前文化方法的分析	(569)
七、意母学方法的构建	(581)
八、意母学方法的分析	(595)
九、结论	(604)
论犯罪饱和性生成模式:犯罪宏观生成模式研究/汪明亮	(608)
一、犯罪生成模式:微观与宏观	(608)
二、犯罪饱和性生成模式概述	(609)
三、最低犯罪率	(613)
四、最高犯罪率	(625)
五、理想犯罪率	(638)
六、饱和犯罪率	(646)
《刑事法评论》征稿启事	(659)

[死刑研究]

故意杀人罪在中国废除死刑道路中的坐标定位

葛向伟*

一、引言

(一) 死刑逐渐消亡的全球性走势:反思中国死刑问题的背景

过去死刑在很大程度上被视为一国刑罚政策的“内部事务”,但自 20 世纪 70 年代末以来,以欧洲为主导的废除死刑的运动已经发展成为一个国家是否尊重人权的国际标准的重要指标。^[1] 自此,死刑问题不但已经超越刑法的范畴而成为一个社会问题,而且超越了一国内部事务的范畴而成为国际社会共同关注的问题。中国政府已于 1998 年 10 月签署了联合国《公民权利和政治权利国际公约》。因此,死刑存废的国际环境,必然成为研究中国死刑问题的基本背景。

全球范围内的死刑废除运动正在快速发展。国际社会和专家学者衡量其发展状况的一贯指标,就是废除死刑国家之数目的多少与其逐年的变化情况。根据联合国和大赦国际(Amnesty International)的标准,法律上明确废除所有罪行的死刑的国家、废除普通犯罪的死刑的国家(军事犯罪和战时犯罪除外)和事实上废除死刑的国家(过去 10 年内没有执行过死刑、并且确信其不执行死刑的政策将继续下去)可以统一归纳为废除死刑的国家之行列。^[2] 据此标准,截至 2005 年 2 月,世界上废除死刑的国家和地区已多达 134 个,其中,86 个国家与地区在法律上明确废除了所有罪行的死刑,10 个国家和地区废除了普通犯罪的死刑,还有 38 个国家和地区在实践中事实上废除了死

* 作者系司法部预防犯罪研究所研究人员,北京大学法学硕士。

[1] 欧洲理事会(Council of Europe):《死刑在欧洲的废除》(The Death Penalty: Abolition in Europe)(1999 年)。

[2] 陈兴良主编:《法治的言说》,法律出版社 2004 年版,第 371 页。

刑。^[1]而相应地只剩下相对少数的61个国家和地区依然在法律上保留死刑。^[2]仅就近3年的相关调查比较(见表1)^[3],就可以明显看出,越来越多的国家已经废除或者正在废除死刑。即使大多数国家废除死刑的道路并不平坦,但无论如何,死刑在世界范围内、在其生命历程中的确开始了其消亡的过程。

然而,根据大赦国际的一项统计,在保留死刑的国家里,中国目前执行死刑的数量超过全球死刑执行总数的70%,中国成了废除死刑的主要阻力^[4]之一。在死刑的废除成为国际范围内的一股强大潮流的情况下,在中国的死刑立法和司法现状问题颇多的社会现实中,对于中国刑事法治中死刑问题的继续而深入的反思一刻都不能放松。

表1 近3年废除死刑的国家数目

时间表	法律上废除死刑的国家数	废除普通犯罪的死刑的国家数	事实上废除死刑的国家数	废除死刑的国家总数
2003年1月	76	15	21	112
2004年10月	81	12	35	128
2005年2月	86	10	38	134

(二) 中国死刑罪名的总体分布:反思中国死刑问题的平台

研究中国的问题,当然不能脱离中国的立法。中国关于死刑的法律规定是反思中国问题的基本平台。截至中国《刑法》第五修正案的出台,中国《刑法》中规定的死罪总数为67种^[5](见附录1),约占全部罪名总数424种的16%。与世界其他国家比较,无论在绝对数量还是在相对比例方面,这个数字都相当醒目。

考察中国的刑法典,可以发现其中死刑罪名较多的因素。我国刑法中的死刑罪名分布十分广泛,《刑法》分则除第九章“渎职罪”以外的其他各章之中均有死罪,具体分

[1] 赵秉志:《关于分阶段逐步废止中国死刑的构想》,载《郑州大学学报》2005年第5期。

[2] 事实上,即使是剩下的这些保留死刑的国家,也并不一定同时都是适用死刑的国家。因为有些保留死刑的国家(比如韩国),近几年以来没有执行死刑,只是因为它没有达到10年,所以还在大赦国际的废除死刑的观察名单上,仍然属于保留死刑的国家。对此可参见陈兴良主编:《法治的言说》,法律出版社2004年版,第372页。

[3] 表内数字,参见大赦国际:《死刑状况及数字》(Amnesty International: facts and figures on the death penalty)。

[4] 现在废除死刑的阻力主要集中在中东、北非和亚洲大陆。西方唯一保留死刑的司法区是美国联邦政府及其还有死刑的38个州和说英语的英联邦加勒比海地区的国家。参见[英]罗吉尔·胡德:《死刑的全球考察》,刘仁文、周振杰译,中国人民公安大学出版社2005年版,第12页。

[5] 之所以比之前学界通常所承认的68个死刑罪名少一个,是因为根据2002年3月15日我国最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》,取消了“奸淫幼女罪”的罪名,将其纳入“强奸罪”的内容之中。中国刑法典的历史上就因此而减少了一个死刑罪名。

布状况如下:

表2 死刑罪名在中国刑法典中的分布

章	章名	死罪数	约占死罪总数的百分比
第一章	危害国家安全罪	7	10.4%
第二章	危害公共安全罪	14	20.9%
第三章	破坏社会主义市场经济秩序罪	15	22.4%
第四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	5	7.5%
第五章	侵犯财产罪	2	3%
第六章	妨害社会管理秩序罪	8	11.9%
第七章	危害国防利益罪	2	3%
第八章	贪污贿赂罪	2	3%
第九章	渎职罪	0	0
第十章	军人违反职责罪	12	17.9%

从表2所示的立法对死刑的配置状况可以看出,中国大量的死刑罪名是分布在故意杀人罪之外的经济犯罪、危害公共安全犯罪和破坏社会管理秩序犯罪之中的。中国刑法典中的普通犯罪中,死罪数目最多的属第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”(占22.4%),其次是第二章“危害公共安全罪”(占20.9%),再加上死罪数目位居第三的第六章“妨害社会管理秩序罪”(占11.9%)中规定的死罪,这三章规定的死罪总数就占了刑法典全部死罪总数的一大半还多。而侵犯人身权利的死罪只占有死罪数目的不足8%。可见,中国刑法规定死刑所要保护的利益,除了人身安全方面的利益之外,还包括政治利益、经济利益以及其他社会利益。在中国,被判处死刑的绝大多数犯罪按照国际标准还不在于最严重的犯罪之列,即使是暴力犯罪,被判处死刑的也不仅仅是那些实施最残暴的行为的罪犯。因此,刑事法学界较为一致地认为,刑法典中的死刑条款太多,中国刑法中死刑罪名的泛滥乃至司法实践中对死刑的过度适用之现状,与当今世界的法治发展进步趋势是背道而驰的。虽然这与中国当前处在社会转型时期,社会观念和社会利益都处在重新调整和建立的过程中,社会控制能力相对不稳定的情况有很大的关系^[1],但是,这无论如何都不能说是符合中国严格限制死刑的总方针的。

[1] 王世洲:《从比较刑法到功能刑法》,长安出版社2003年版,第359页。

因此,根据中国现行的刑事政策^[1],并参照国际社会对死刑的限制性规定^[2],今后中国立法应当大量缩减死刑罪名,首先是减少经济犯罪、财产犯罪和破坏社会管理秩序罪等非暴力犯罪中的死刑罪名,将死刑罪名逐步限定在侵犯生命权利犯罪直至最后的故意杀人罪,顺应国际社会的死刑由限制到大部分废止再到全面废止的总趋势。

(三) 故意杀人罪:反思中国死刑问题的具体切入

刑罚是加诸于犯罪的法律效果。死刑是对于犯罪分子生命的剥夺,是最为严厉的刑罚。这种最为严厉的刑罚,当然应该加诸于最为严重的犯罪。那么,什么样的犯罪是最为严重的犯罪呢?对于这个问题的回答,自然会随着整个社会的道德观念、法治观点特别是犯罪观的不断变迁而发生变化,但是在已然进入21世纪、在倡导公民个人权利本位的市民社会在我国也日渐成型的今天,认为非法剥夺公民生命权利的故意杀人罪(而非颠覆国家政权等针对国家的犯罪或者其他针对社会的犯罪)应该属于“最为严重的犯罪”应当是一个顺理成章的结果。事实上,不但美国、日本等许多国家对于犯罪各论的研究就是直接从故意杀人罪开始,而且,在我国,主张对于针对人身安全之外的暴力犯罪废除死刑的观点也逐渐地成为主流。因此,检讨中国当下的死刑问题,从故意杀人罪切入,就应该是一个恰当并且有现实针对性的选择。

二、中国废除死刑道路的“三步走”设计

对于如何逐步地削减死刑并且实现最终废除死刑,需要设计我国削减死刑的具体顺序。对此,本文的基本观点是,根据罪刑均衡的刑法原则,削减死刑的位阶顺序应该同该当罪名与被害人的生命权之间的相关性成反比,也就是说,凡是与被害人的生命权不相关的死刑罪名,应该首先考虑废除其中的死刑,与被害人的生命权一定程度上相关的,应该逐步地予以废除其所配置的死刑;而故意杀人罪是与被害人的生命权直接相关的罪名,应该成为最后废除死刑的罪名。也正是在这个意义上,我们认为故意杀人罪是死刑保留论者的“最后的堡垒”。结合本文开头对于我国现行《刑法》中的死刑罪名的配布现状,具体说来:

[1] 最高人民法院院长肖扬在刚刚结束的十届全国人大四次会议第三次全体会议上的工作报告中,再次强调了中国现在奉行的“宽严相济”的刑事政策。对罪当判处死刑但具有法定从轻、减轻处罚情节或者不是必须立即执行的,依法判处死缓或者无期徒刑。参见 <http://news.sina.com.cn/c/2006-03-12/10548423038s.shtml>。

[2] 根据《公民权利与政治权利国际公约》(ICCPR)第6条(2)的规定:在未废除死刑的国家,判处死刑只能作为对最严重的罪行的惩罚。该规定的效力于1984年得以加强,其时联合国经济和社会理事会以决议的方式通过了《保护面临死刑者权利的保障措施》。该《保障措施》中的第一保障措施具体规定:在未废除死刑的国家,只有最严重的罪行可判处死刑,但应理解为死刑的范围只限于对蓄意而结果为害命或其他极端严重的罪行。参见[英]罗吉尔·胡德:《死刑的全球考察》,刘仁文、周振杰译,中国人民公安大学出版社2005年版,第135页。