

京师刑事法文库114·促进死刑改革系列之三十

刘春花 / 著

向死而生

中国死刑制度改革的政治抉择

XIANG SI ER SHENG

ZHONG GUO SI XING ZHI DU GAI GE DE ZHENG ZHI JUE ZE



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中欧合作项目“中国死刑制度改革研究”之阶段性成果
江苏大学高级技术人才科研启动基金资助项目

刘春花 / 著

向死而生

中国死刑制度改革的政治抉择

XIANG SI ER SHENG
ZHONG GUO SI SENG ZHI DU GAI GE DE ZHENG ZHI JUE ZE



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

向死而生:中国死刑制度改革的政治抉择 / 刘春花
著. —北京:法律出版社, 2015. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8484 - 8

I. ①向… II. ①刘… III. ①死刑—司法制度—体制
改革—研究—中国 IV. ①D924. 124

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 226077 号

向死而生
——中国死刑制度改革的政治抉择

刘春花 著

责任编辑 初 心
装帧设计 伊 宁

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 24 字数 350 千

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8484 - 8

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

卢建平^{〔1〕}

春花约我写序的时机,虽然是料峭的六九,但我以为正好。

一是我刚刚从最高人民法院刑三庭的岗位上光荣退出,离开了挂职两年的死刑复核岗位,心中有万千的感慨需要倾诉。

二是《刑法修正案(九)》(草案)正在审议之中。此案一旦通过,又会在立法废止死刑的道路上向前迈出一大步。

三是党的十八届四中全会“全面推进依法治国的决定”颁布不久,它与三中全会“全面深化改革的决定”一道,为中国特色社会主义法治体系和法治道路的探索确定了目标,也为未来中国死刑制度改革指明了方向。

春花的博士论文就是写中国死刑政策的,更确切地说,是“中国废除死刑的政策与路径选择”。这个题目在时下的多数国人看来,似乎很遥远,过于理想主义,代表了书生们的立场,与大众的欲求相去甚远。然而这是

〔1〕 卢建平,北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师,中国刑法学研究会副会长。

我给她的命题作文,因为我就是一个理想主义的书生。在学生们面前,我常常说的一句话是:“如果没有理想,世界将会怎样?”废除死刑是我的理想,而从刑事政策的角度和立场来研究死刑,从政策上、制度上来控制死刑是我长期的主张,我也将其灌输给了我的学生们。

大约十年前,我就写过一篇文章,呼吁从政策上控制死刑;^{〔1〕}2011年,我和春花博士合写了一篇文章,论述死刑政策的应然表达及其对立法变革的影响;^{〔2〕}2014年,我和刘传稿博士又写了一篇文章,呼吁制定科学的死刑政策以引领死刑制度改革。^{〔3〕}类似主张在学界逐渐获得认同。^{〔4〕}因为,在中国这样一个具有政策治国浓厚传统的国度,即便在全面推进依法治国的进程中,强调死刑政策的科学化,对于中国的死刑制度改革,对于死刑的立法和司法,对于引导舆论和民意,意义依然重大。死刑政策的科学化首先需要对我们党和国家关于死刑的政策主张进行历史梳理和辩证分析,并结合全新语境加以重述(Restatement)。我们主张,在政策上,应该明确死刑的暂时性与过渡性,并亮出废止死刑的最终目标。

以往学界对于我国或我党死刑政策的演变多引用领导人个人的表述。^{〔5〕}而我认为,领导人个人表述固然能够代表党的意志,但往往受条件、场景和个人意愿的影响,不尽准确。因此,更应该注重党中央等领导机关、立法机关或最高司法机关的集体表述。

1922年,成立不到一年的中国共产党第一次发布对于时局的主张(以下简称主张)。^{〔6〕}其中第十段之(九)原文如下:改良司法制度,废止

〔1〕 卢建平:《从政策上控制死刑》,载《人民检察》2006年第17期。

〔2〕 卢建平、刘春花:《死刑政策的应然表达及其对立法变革的影响》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第3期。

〔3〕 卢建平、刘传稿:《死刑限制综合路径再探究》,载《人民检察》2014年第21期。

〔4〕 参见赵秉志、袁彬:《立足犯罪治理,探索刑事法治问题》,载《检察日报》2015年1月5日。

〔5〕 参见刘仁文:《死刑的全球视野与中国语境》,中国社会科学出版社2013年版,第26~34页。

〔6〕 1922年6月17日印行的《中国共产党对于时局的主张》署名为中国共产党中央执行委员会陈独秀。这种“主张”从1922年6月到1926年7月共发表了五篇,除第三篇的题目为《中国共产党第三次对于时局宣言》之外,其余四篇的题目均为《中国共产党对于时局的(之)主张》。1926年编印《中国共产党五年来之政治主张》一书时,将此五篇的题目全改为《第×次对于时局的主张》。因此1922年的“主张”就是中国共产党中央第一次对于时局的主张。

死刑,实行废止肉刑。

对此,“主张”的说明为:中国共产党是无产阶级的先锋队,为无产阶级奋斗,和为无产阶级革命的党。但是在无产阶级未能获得〔受〕政权以前,依中国政治经济的现状,依历史进化的过程,无产阶级在目前最切要的工作,还应该联络民主派共同对封建式的军阀革命,以达到军阀覆灭能够建设民主政治为止。“主张”确定的共产党当前奋斗的目标,包括了取消列强在华各种治外特权;肃清军阀,没收军阀官僚的财产,将他们的田地分给贫苦农民;采用无限制的普通选举制;保障人民结社集会言论出版自由权;废止治安警察条例及压迫罢工的刑律;改良司法制度,废止死刑,废止肉刑等。同时,“主张”明确,上列各项原则,绝不是在封建式的军阀势力之下可以用妥协的方法请求得来的;中国共产党的方法,是要邀请国民党等革命的民主派及革命的社会主义各团体开一个联席会议,在上列原则的基础上共同建立一个民主主义的联合战线,向封建式的军阀继续战争;因为这种联合战争,是解放我们中国人受列强和军阀两重压迫的战争,是中国目前必要的不可避免战争。

如果说“主张”表达的是还未取得政权的共产党期望通过革命手段实现废止死刑的目标,那么,新中国成立后召开的第一次党的全国代表大会(即中共“八大”,1956年9月15日至27日)上,刘少奇代表中共中央所作的政治报告中再一次提出了“逐步废除死刑”的伟大构想。其原文如下:

“现在,革命的暴风雨时期已经过去了,新的生产关系已经建立起来,斗争的任务已经变为保护社会生产力的顺利发展,因此,斗争的方法也就必须跟着改变,完备的法制就是完全必要的了。”

“党中央委员会认为,除极少数的罪犯由于罪大恶极,造成人民的公愤,不能不处死刑以外,对于其余一切罪犯都应当不处死刑,并且应当在他们服徒刑的期间给以完全人道主义的待遇。凡属需要处死刑的案件,应当一律归最高人民法院判决或者核准。这样,我们就可以逐步地达到完全废除死刑的目的,而这是有利于我们的社会主义建设的。”〔1〕这种大

〔1〕 刘少奇:《在中国共产党第八次全国代表大会上的政治报告》,载《建国以来重要文献选编》(第9册),中央文献出版社1993年版,第38页。

胆而有魄力的构想主要是源于对社会主义改造完成后国内主要矛盾的新判断。1956年社会主义基本制度全面确立,中共“八大”提出“我国国内的主要矛盾,已经是人民对于建立先进的工业国的要求同落后的农业国现实之间的矛盾,已经是人民对于经济文化迅速发展的需要同当前经济文化不能满足人民需要的状况之间的矛盾”。

但是,不知是马克思的斗争哲学还是历史的惯性使然,时隔不到一年,1957年9月20日至10月9日,中共八届三中全会就改变了“八大”的基调(在社会主义改造基本完成以后,无产阶级和资产阶级、社会主义道路和资本主义道路的矛盾已经基本解决的正确估计),认为当前社会的主要矛盾还是无产阶级和资产阶级的矛盾、社会主义道路和资本主义道路的矛盾。从此,废除死刑的目标再也没能出现在党和国家的施政纲领中。相反,当时政法工作的主要领导人董必武在1958年针对当时司法工作提出,“死刑我们从来不说废除,但要少用。死刑好比是刀子,我们武器库里保存着这把刀子,必要时才拿出来用它”。^{〔1〕}此后随着反右扩大化、文化大革命或无产阶级专政下继续革命的影响,废止死刑的字眼只是在否定的意义上才出现,我们党和国家的死刑政策转而以“保留死刑(或死刑不能废)但严格控制(少杀慎杀)”为基本口径,并在不同历史时期产生摇摆,一会偏向于扩张(如在严打时期),一会又强调限缩(特别是宽严相济刑事政策推行以来)。这种摇摆不定的特点同样反映在从政策治国向依法治国转变的过程中。1979年刑法的特点是体系简约、刑罚轻缓,其中死罪28个,分布在15个条文之中。此后因为严打需要,死刑制度出现了实体法上的增加与程序法上的下放。1997年刑法修订在死刑问题上秉持了不增不减的立场,但实质上严格控制死刑(包括适用条件、适用对象、适用程序和执行制度四个方面),开启了死刑罪名减少的改革进程。特别是进入21世纪、宽严相济刑事政策推行以来,死刑制度改革迈出实质步伐,但关于死刑政策的表述是不统一的,有些凌乱。

一是2005年3月14日国务院总理温家宝的表态。他在回答德国记者提问时说:“中国在着手进行司法制度的改革,包括上收死刑的核准权

〔1〕《董必武法学文集》,法律出版社2001年版,第414页。

到最高人民法院。但是出于我们的国情,我们不能够取消死刑。世界上一半以上的国家也还都有死刑制度,但是我们将用制度来保证死刑判决的慎重和公正。”〔1〕

二是2007年1月1日最高人民法院正式统一收回死刑复核权后,3月9日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》明确,“保留死刑,严格控制死刑”是我国的基本死刑政策,并认为“这一政策是完全正确的,必须继续贯彻执行”,依法严厉打击严重刑事犯罪,“我国还不能废除死刑,但应逐步减少适用,凡是可杀可不杀的,一律不杀”。

三是在2007年3月,在日内瓦联合国人权理事会(UN Human Rights Council)的一次会议上,中国(副)代表腊翊凡有过一个正式表态:他说他“确信”中国“最终将废除死刑”。这是在2008年北京奥运会之前中国政府在国际场合关于死刑的正式态度,可以视为中国对于国际社会的庄严承诺。〔2〕

四是2010年2月8日最高人民法院公布《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,再次指出我国坚持“保留死刑,严格控制和慎用死刑”,具体内涵是:“对于罪行极其严重的犯罪分子,论罪应当判处死刑的,要坚决依法判处死刑。要依法严格控制死刑的适用,统一死刑案件的裁判标准,确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分,得出唯一结论。对于罪行极其严重,但只要是依法可不立即执行的,就不应当判处死刑立即执行。”该意见在《刑法》第48条“罪行极其严重”之前更冠之以“极少数”,被学界前辈储槐植教授冠之以“两极”政策,而其精神核心是将死刑适用限制在最小范围。〔3〕

五是2011年《刑法修正案(八)》废止了13个非暴力犯罪的死刑,开

〔1〕 “温家宝表示中国不能废除死刑”,参见中新网,http://news.sina.com.cn/c/2005-03-14/12385355416s.shtml,2005年3月14日访问。

〔2〕 转引自罗杰尔·胡德、付强、高铭喧:《死刑废止之路新发展的全球考察》,载《法学杂志》2011年第3期。

〔3〕 参见储槐植:《死刑司法控制:完整解读刑法第四十八条》,载《中外法学》2012年第5期。

启了立法废止死刑的新进程。

六是2013年党的十八届三中全会“全深改决定”进一步要求“减少死刑适用罪名”,为后续死刑制度改革继续在立法上削减死刑罪名指明了方向。

虽然通过这一系列改革实现了死刑罪名在实体法上的“先上后下”和死刑适用在程序法上的“先下后上”,死刑制度改革取得重大进展,但我国死刑政策的表述不一,导致认识和实践上的很多问题,需要认真梳理分析。

2014年2月17日,习近平同志在中央党校举办的省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班上发表重要讲话,提出并论述了关于全面深化改革政策的五个关系。他说,要弄清楚整体政策安排与某一具体政策的关系、系统政策链条与某一政策环节的关系、政策顶层设计与政策分层对接的关系、政策统一性与政策差异性的关系、长期性政策与阶段性政策的关系,既不能以局部代替整体,又不能以整体代替局部,既不能以灵活性损害原则性,又不能以原则性束缚灵活性。^{〔1〕}

对照习近平同志的论述,我们认为,目前关于我国死刑政策的几种表述均有缺陷。

1. 死刑政策总体表述为“保留死刑,严格控制并慎重适用死刑”,这在现阶段有其合理性,但只能是阶段性政策;就长远而言,中国共产党废除死刑的目标无论是建党之初的幼年时期,还是新中国成立以后“八大”的壮年时期都不曾改变。当此中国社会主义建设取得巨大成就之时,当中国共产党已近百岁、日趋成熟时,断然不会修改这一长期政策目标,因为废除死刑能够反映共产党的宗旨与先进性,反映了历史发展的趋势。死刑作为一种剥夺人的生命的刑罚,将人当作手段而非目的,极大蔑视人的尊严,同马克思对人的本质、人的价值的看法相对立,废除死刑具有充分的正当性。马克思曾经表明他对死刑的否定态度,“想找出一个原则,可以用来论证在以文明自负的社会里死刑是公正的或适宜的,那是很困难

〔1〕 参见新华网,2014年2月21日访问。

的,也许是根本不可能的”。〔1〕如果废除死刑的终极目标没有明确,则“严格控制 and 慎用死刑”就缺乏应有的价值基础,死刑的控制和慎用就缺少必要的观念支持和制度制约。如果不提出“废除死刑”的终极目标,也就不能显现我国 60 多年社会主义建设成就和法治人权方面的巨大进步。

就语义分析,从我国死刑政策的内在逻辑看,“保留死刑”显然具有被动和不得已的意思。死刑不能被永远保留,死刑的保留总是有期限的。按照马克思列宁主义关于国家和法的理论,作为阶级专政工具的国家 and 法律都是一定历史阶段的产物,会随着阶级消灭而消亡,死刑的消亡也不例外。而且保留死刑的提法也隐含了两种判断:一是事实判断,即承认死刑的废止已成潮流,成为趋势。别人(甚至多数人)已经废止死刑了,我们仍要勉强留之,以备不时之需。二是价值判断,即死刑本质上是一种“恶”,其保留仅限于迫不得已的必需情况。新中国成立之初特别是“反右”运动前夕,学界主流观点即已经认同了死刑的暂时性和过渡性。有文献表明,当时对于废除死刑的目标确实已形成一定的共识,“随着我国政治形势的根本变化,在刑法中把死刑作为一种临时性、特殊性的刑罚;把死刑的适用范围应当缩小到最小的限度;死刑案件一律应当归最高人民法院判决或核准;以逐步达到废除死刑的目的,这是大家都一直同意的,在这方面还没有听到什么异议。”〔2〕“就历史的发展规律看起来,刑法愈进步,死刑愈减少,甚至废除死刑。若社会主义国家的刑法,最为进步,不独减少死刑,而且径直废除死刑。”〔3〕

再从历史条件 and 经济背景分析,“反右”、“文革”、“严打”等青睐死刑的政治运动时代已经过去,中国的政治、社会局势发生根本变革,如今废除死刑也已成为世界大势,因此应该从政治、经济社会法治与法治进步,从国际 and 国内两个方面重新审视我们的死刑政策。

2. 现行《刑法》第 48 条可以视为我国死刑的立法政策,主要规定了死刑适用的实质条件(罪行极其严重)加其他限制(如适用对象、适用程序、

〔1〕《马克思恩格斯全集》(第 8 卷),人民出版社 1961 年版,第 584 页,转引自张文等著:《十问死刑》,北京大学出版社 2006 年版,第 6~7 页。

〔2〕李琪:《我国刑法中应规定哪些刑种》,载《政法研究》1957 年第 1 期。

〔3〕卢蔚乾:《死刑的缓刑问题》,载《政法研究》1956 年第 6 期。

死缓等执行制度),体现了“保留死刑,严格控制和慎用死刑”的死刑政策。一方面,它强调“保留死刑”,另一方面,又表现出力图回归“少杀慎杀”的政策倾向。然而,当下中国死刑立法罪名过多,范围过大,适用条件较为抽象,死缓、减刑、赦免等相关制度不完善,可以说这种回归是不太彻底的,也是不太坚决的,不利于死刑的严格控制。

3. 最高人民法院的“双极”政策,既顺应立法,强调了对于死刑的质的限制(罪行极其严重),又强调了量的限制(极少数),凸显了严控的思路。但以司法机关名义制定出台这样的政策是否适宜?其正当性、合理性和合法性如何?事实上对此是有不同争议的,认为最高人民法院是在代行立法机关的权力,有越权之嫌。这样的政策理当由执政党或者国家立法机关来制定。

4. 十八届三中全会“全深改决定”进一步要求“减少死刑适用罪名”,能够进一步推动立法废止死刑的进程,意义自不待言。但该项政策仅针对立法上的死刑罪名,而对死刑的实际司法适用影响不大或不直接。考虑中国近年死刑立法司法的现状,原先68个死刑罪名减去13个后现余55个,其中的故意杀人、毒品和抢劫犯罪占据了全部死刑判决的前三甲,并占据了死刑适用总量的90%以上;结合死刑立法改革的趋势,^[1]可以预计,未来的死刑适用会更加向这几个罪名集中,出现明显的集聚效应。因此,若未来改革着重于立法上减少死刑罪名,其象征意义就甚于实质意义。如果说在死刑改革之初这种象征意义值得肯定,那么,在死刑改革进入深水区以后,就应该将重点放在死刑适用的实质层面上来。

鉴于历史和现实考察及以上理论分析,笔者主张,应该在目前的死刑政策表述上加上前缀和后缀,同时分出层次。

前缀加上“暂时保留”,以突出其暂时性;后缀加上“最终废除死刑”,以突出最终目标。

区分立法和司法两个层次:立法上不断减少死刑罪名,司法上严格控制并慎重使用死刑,强调立法和司法的联动。

[1] 《刑法修正案(九)》(草案)继续废止9个死刑罪名,仍然是集中在非暴力、不常用的罪名。

由此形成死刑政策的完整表述,即“暂时保留死刑,立法上逐步减少死刑罪名,司法上严格控制并慎重适用死刑,在条件适当的时候废除死刑”。

这一表述将死刑政策置于国家治理体系与治理能力现代化总体目标之下,符合犯罪治理的基本政策和规律,兼顾了政策的长期性与阶段性、整体性和局部性、原则性与灵活性。

这一完整表述的死刑政策应该体现在执政党的基本文件纲领之中,比如党的章程或重大决议、决定之中,以彰显党对法治建设的高度重视,实现党对法治的领导,便于为全党全国人民逐步接受,便于统一思想认识,减少或化解各种矛盾特别是政策冲突,同时也可以巩固立法成果,推进司法改革,改变民意舆论。

在全面推进依法治国、党带领人民建设法治国家的新时代,党所确立的完整科学的死刑政策应该及时通过法治的方式加以贯彻实施。最理想的目标当然是将其体现在宪法之中,从而实现死刑政策的宪法化。

次优的选择是将其规定在刑法之中,当然死刑政策的刑法化还必须考虑刑法自身的立法技术和特点。在重述以后的死刑政策指导下,下一步的立法举动应同时在死刑罪名削减(形式控制)与死刑适用条件限制(实质控制)两个层面共同发力,即在大幅削减徒具虚名、存而不用死刑罪名的同时,明确死刑适用的“两极”政策;或重提“罪大恶极”的适用条件,既强调客观方面的犯罪行为,也重视主观方面的主观恶性与人身危险性;既强调犯罪对于社会所造成的客观危害,同时又关注社会关系的修复、裂痕的弥补,追求法律效果与社会效果的统一。此外,立法还应积极探索死刑的有效替代如死缓、死缓限制减刑以及长期自由刑制度的衔接。

司法上应该坚持政策指导、案例指导,巩固死刑核准权收回最高人民法院以来在严格程序、严格证据要求、严格证明标准、严格适用条件、防范冤假错案等方面取得的成果,同时尽量收缩死刑适用的范围,为立法进一步削减死刑罪名创造条件;要尽量扩大死缓的适用面,力图使之成为死刑立即执行的必经程序;要进一步完善死刑复核程序,努力使之实质化,要加强律师辩护,加强检察监督;要努力放大最高人民法院在死刑方面的顶层控制(top control)、终端控制(end control)与系统控制(system control)

作用;要大力提升司法公开,加强法律普及教育,学术界与舆论界应该加强对死刑制度的研究与除魅宣传,呼吁死刑公开,力推死刑效果(包括正面效应威慑与负面效应)的实证研究,破除司法神秘主义与死刑迷信,扩大死刑启蒙,为全面废除死刑做好舆论准备。

特别需要强调的是,当前必须借助冤错和冤杀案件的血的教训,对社会各界进行警示教育。司法要尽量慎用少用死刑,多用死缓等替代,多用冤死案件惊醒世人;司法必然有错,死刑一旦出错便会万劫不复,不可挽回!冤死错杀的案件都有政治根源,如严打等非常态机制就是利用了人民对死刑的依赖或迷信。在人权理念和法治保障极其欠缺的情况下,焉能不错杀无辜?冤狱的国家赔偿看似迟来的正义(如呼格案件的200万,念斌所主张的1000多万),但最终是谁买单?买单的不是抽象的国家或政府,最终依然是处在死刑迷信、司法神秘主义之下的人民大众在买单!

从冤错案件应该反思的另一个问题是:怎么理解案件经得起历史检验?死刑案件又如何经得起历史检验?对办案人员如警察、检察官和法官如何终身问责?所谓历史检验应该是多长的历史,是50年、100年还是500年、1000年?在中国目前所处的突变时期,又应该如何理解《刑法》第12条第2款?从政治和法治的角度,如何理解法治不健全时期的司法裁判的既判力?而目前最为紧要的是,为了未来能够经得起历史检验,废除死刑的立法进程应该进一步推进;司法上,死刑应该尽量少用,而死刑的替代如死缓、终身监禁、死刑的缓解机制如刑事和解、赔偿、辩诉交易也应该大力推行。

死刑的废止必须走综合的路径,必须政治政策、立法司法、研究教育、舆论民意、国内国际等一起发力,废死才有可能!我们期望,在2021年即建党100周年之前,重新明确废死目标;在2049年即新中国成立100周年之前或之际彻底废除死刑,由此为两个百年梦想添加上更加绚烂的生命之光!

诗人雪莱说:If Winter comes, can Spring be far behind? 北国仍是数九严冬,而江南已经春意萌动,春花烂漫绽放的时光,不会太远了吧?

卢建平

2015年1月21日

摘 要

废除死刑已经成为席卷全球的当代刑事政策运动与刑罚改革潮流。目前全球有三分之二以上的国家(地区)加入了废除死刑的行列。在全球化时代背景和对外开放的基本国策下,中国当然不能自外于世界。在我国,死刑问题近年来也一直是法学理论界和实务界关注的重大热点。随着对死刑问题实体上和程序上的全面而渐进的研讨,学者们越来越感觉到,死刑的限制乃至废除在法律上并不存在无法逾越的障碍,关键在于政治抉择的艰难。在此种情形下,对中国废除死刑所需要的政策与路径进行研究无疑是十分必要和重要的。

本文研究的主要内容除绪论外,共分五个部分:

第一部分,在沉厚的历史迷雾中探寻死刑废除主义的亮光。

本文希冀为国家决策者如何对待死刑问题提供一定的参考,所以侧重于从国家组织的形成和政体类型相结合的角度细致勾画中国悠长的死刑兴衰演进史,分为“前国家时期”“君主专制时期”和“民主共和革命时期”,时间横跨远古至近代。考察的范围包括与死刑相关的习惯法和成文法、实体法和程序法,试图展现一幅

中国死刑史的全景式画卷。我们发现,死刑作为一种存在意义上的事实现象比国家出现更早,剥夺人的生命的基本特性自古至今都没有改变,而作为一种法律意义上的制度则在国家政权的庇护下经历了童年期、成长期、发展期、继续发展期、完备期,并最终走向衰落。“前国家时期”主要是关于死刑的起源探寻;死刑最早是用来对付敌人或外族、异族的手段。“君主专制时期”主要介绍了死刑制度的兴衰演变;中国死刑制度的发展与君主专制中央集权政体有着密切的关系。死刑适用程序随着中央集权的完善而完善,并在明清中央集权达到顶峰时最为完备。国家分裂时期死刑决定权旁落地方而曾泛滥,大一统时期死刑决定权高度集中于皇帝一人而较慎重。但专制政体下,死刑是统治者专政的工具,强化死刑是其主要倾向,所以每个王朝都存在法外用刑(律外酷刑)、一人犯罪累及他人的“缘坐”“族诛”等变相扩大死刑适用的现象。古代文化中所包含的对死刑的否定因素只能在一定程度上约束统治者内心。死刑“减、废”改革往往自上而下,且“昙花一现”、无法延续。真正的死刑废除主义是随“西风东渐”而登陆中国的。在缺乏人权思想启蒙的条件下,清政府竟然大刀阔斧削减死刑,其改革动力主要来自收回治外法权的政治愿景。在“礼法”之争中,限制死刑适用的观念悄悄进入人心。清末至民国时期的刑事立法和司法大量引进了国际社会先进的刑法理念,整体上使刑罚制度呈轻缓化的态势,死刑罪名数量得到前所未有的控制。但是由于民主共和革命时期战乱频繁,死刑制度的变革未能持续,限制死刑的观念未能深入统治阶层和更多学者民众之内心。意外的是,死刑废除主义的大旗却由民主革命中成长起来的中国共产党举起。

第二部分,新中国死刑政策的流变与废除死刑主张的消失。

当历史的车轮滚滚向前,将中国人民从旧民主主义革命时期带进新民主主义革命时期后,废除死刑的主张赫然成为一个新兴政党——中国共产党的奋斗目标的一部分。1921年中国共产党成立,敏锐而深刻地揭示出中国社会的半殖民地半封建性质,以前所未有的魄力提出实现社会主义、共产主义的最高目标,要领导中国人民推翻封建主义、帝国主义和官僚资本主义三座大山,统一中国为真正的民主共和国。中共成立第二年即1922年6月15日首次发表《中国共产党关于时局的主张》,旗帜鲜

明地提出“改良司法制度,废除死刑,实行废止肉刑”。这是评价中国共产党实现奋斗目标与否的准则之一。这样,中共在全国人民面前举起了死刑废除主义的大旗。随着革命的不断胜利,中共领导中国人民成立了新中国,废除死刑的主张并没有被忘却,在社会主义改造完成后召开的中共“八大”会议上再次被提起,可是纵观中共在各个时期的死刑政策表达,我们发现废除死刑的主张已经悄然消失了。在以阶级斗争为纲的“毛泽东时代”,坚持绝不废除死刑,但要少杀;以经济建设为中心的“邓小平时代”,也是坚持不废除死刑,但要少杀;到了构建社会主义和谐社会的当今社会,还是宣称保留死刑,但严格限制和慎重适用死刑。在梳理历史后,我们对新中国死刑政策的流变进行了反思,分析了废除死刑的主张起初作为中共政治纲领中的组成部分、后来又悄然消失的原因,主要有三方面:首先,政治任务的变化使得死刑政策也发生了变化。中共“八大”对国内主要矛盾的判断在中共八届三中全会上被改变,因而死刑政策也跟着变,而不再提废除死刑的目标。其次,和平建设时期将刑事犯罪分子视为专政的对象,也不能提废除死刑。最后,“重典治乱世”的刑罚传统也是不再提废除死刑的一个因素。

第三部分,在现实与理想之间蹒跚前行的当代中国死刑改革。

一是死刑的立法,主要呈现了“克制——扩张——收缩”的规律。1979年《刑法》对于死刑的态度是比较克制的,立法规模适中;1979年《刑法》颁布后,为应对社会治安形势骤然恶化的需要,单行刑法大量出台,不断扩张死刑规模;1997年新《刑法》修订,基于对犯罪形势的考虑,死刑立法“不增不减”,维持现状;随着依法治国渐入人心,尊重和保障人权也载入宪法,1997年以后的修正案式立法再也没有增加死刑,并且从《刑法修正案(八)》开始削减死刑罪名,收缩了死刑的适用范围。

二是死刑的司法,主要是重用与慎用并存交错。我国死刑判决和执行的数量从未对外公开,一直作为国家秘密。据国际人权组织不完全统计,中国每年判处和执行死刑的数量在全世界是居于领先地位的,最多的时候达90%以上,一般都在60%以上,即每年至少有一半的死刑发生在中国。这个判断是否符合客观事实目前难以求证,但是从现行刑法的死刑条款较多和国家不公开死刑数字的立场来看,我国死刑过多是可以肯

定的。这么大规模的死刑司法现状背后原因复杂而深刻,我们主要分析了作为宏观指导的刑事政策、作为具体指导的司法解释、非法律影响因素以及刑事法官的死刑观念等方面。

三是官方的死刑立场,一直都是要保留死刑。从历史来看,该立场产生了微妙的变化。从最初直截了当地坚持死刑绝不废除,但少杀、慎杀,到现在以国情为由解释还不能够取消死刑,并强调用制度来确保死刑判决的慎重和公正,再且,立法界和司法界已经在做积极减少死刑的努力。我们完全有理由推定,官方的死刑立场已经从坚定的不废除死刑转向了现阶段不废除死刑,但等社会发展到各方面条件比较成熟时再行废止死刑。

四是普通民众的死刑观念,即保留死刑为主,也有限制和废除的声音。通过已有的数次死刑民意调查数据分析和部分个案比较,我们发现,抽象地谈死刑存废问题,普通民众多主张保留,但是在具体情境下则异质化明显,个案中舆论主“赦”和主“杀”的呼声不分上下。总的来说,我国死刑民意状况有如下四个特征:(1)民众对死刑的欲求度呈高位态势,但随着社会发展而有下降的趋势。(2)死刑民意的弹性很大,随着死刑知识和核心价值观的变化而变化。(3)民众对死刑配置有减少和限制的要求,死刑改革的空间很大。(4)死刑适用中民意的影响是有限的,决定权在司法者和决策层。

五是学界的死刑态度。目前限制、减少乃至废除死刑虽不是共识,却是主流认识。新中国成立初期曾有过短暂的共识,即主张死刑暂时保留、终将废除;20世纪八九十年代发生过死刑限制与扩张之争,到21世纪初又掀起过死刑存置与废除之争。总体而言,学者在死刑问题上有着官员和民众所不具备的学术理性和人文关怀,多数人对死刑存废的态度与世界主流趋势基本一致。

第四部分,全球视野下中国死刑废除政策再提出。

我们考察了全球死刑废除运动和尚存死刑的国家之限制潮流,分析了保留死刑与中国国内和国际政治的需要所存在的矛盾之处,提出中国应当主动选择废除死刑,并应当尽快在基本死刑政策中亮明逐步废除死刑的目标。

一是国外死刑存废的状况。战后,死刑废除运动掀起了两次高潮,至