

中·国·法·治·检·讨·丛·书 (第一辑)

死刑中国检讨

● 陈兴良 主编

以“枪下留人案”为视角

专题论坛
学术论文
专家视点
网友议论
司法文书

中国法治检讨丛书 (第一辑)
中国死刑检讨

● 陈兴良 主编

中国检察出版社

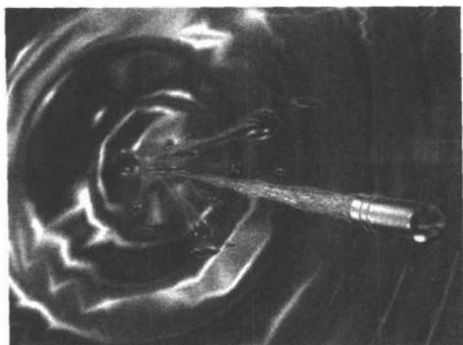
中国检察出版社

中国法治检讨丛书

(第一辑)

中国死刑检讨

——以“枪下留人案”为视角



陈兴良 主 编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国死刑检讨——以“枪下留人案”为视角 / 陈兴良
主编. 北京: 中国检察出版社, 2003. 4
ISBN 7-80185-042-4

I. 中... II. 陈... III. 死刑-司法制度-研究-
中国 IV. D924.124

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 024992 号

中国死刑检讨——以“枪下留人案”为视角

陈兴良 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: www.zgjcpb.com

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68630384 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市印务公司燕山印刷厂

开 本: A5

印 张: 10.5 印张

字 数: 283 千字

版 次: 2003 年 5 月第一版 2003 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-042-4 / D·1036

定 价: 23.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前言

死刑正成为我国引人注目的一个问题，关注死刑，成为我们这一代学者的神圣使命。本书的写作源于发生在陕西延安的一个死刑案件，这个案件被称为“枪下留人案”。最终，人没有被留住，但它却引起了整个社会的瞩目。本书由序论和正文部分组成，序论称为“死刑存废之议”，反映了我在死刑问题上的总体判断，其中我指出，我是应然上的死刑废除论者，实然上的死刑限制论者。本书的正文部分分为专题论坛、学术论文、专家视点、网友议论和司法文书五个部分。专题论坛是围绕“枪下留人案”在北京大学法学院进行的一次讨论，其广泛的参与性和开放式的互动讨论更能引人深思。学术论文是围绕着“枪下留人案”而对我国死刑制度的深入反思，几篇论文基本上是从对于案件的法律文本的对比追问，到对于这一案件的司法困境与心理倾向的分析，到由这一案件折射出来的死刑观念的剖析，最后再到对这一案件之中反映的诉讼程序问题的考察。不同文章沿着不同进路展开探讨，反映了我国年轻学者对于死刑制度的认识水平。专家视点中发表了我和北京正平律师事务所张万臣律师与搜狐网站的网友的交流实录。网友议论搜集了人民网等各大网站上发表的网友对“枪下留人案”的各种观点，这些观点是在无拘束的情况下自由发表的，从中也可以看出网友对于“枪下留人案”的议论——这些议论较为真实的反映了民众对于死刑问题的认识和对于这一案件的兴趣所在，将之与学者们的观点相

比较，或许更具启迪意义。^①正文的最后部分收录了有关这一案件的一些真实的司法文书，这些司法文书的实录不仅有利于读者更加深入系统地了解本书中的一篇有关“‘枪下留人案’的文本追问”的文章所展示的学术以及学术之外的相关信息，对于关注这一个案的读者来说，相关司法文书的实录本身也具有重要的学术资料价值。^②

本书取名为“中国死刑检讨”，是对中国死刑制度进行的理性思考。概括说来，尽管中国目前尚不具备死刑废除的条件，但是我们仍然应该进行死刑废止论的启蒙，这就是我主编本书的宗旨所在。

陈兴良

2003年3月7日

① 顺便指出，由于网络的虚拟性和网友范围的广泛性，在将相关的“网友议论”收入本书之时，未能一一征得网友本人的事先同意。在此向涉及到的网友表示敬意与感谢，并希望相应网友能及时与我们联系，我们的信箱是 goneforever@etang.com.

② 同样需要说明的是，收入本书的所有司法文书都尊重其原始文本，明显的错误将由本书编者随文注出。

前言	1
绪论 死刑存废之议	陈兴良 1
一、专题论坛	8
从“枪下留人”到“法下留人”	陈兴良等 8
二、学术论文	59
地狱的通途和天堂的方向 ——“枪下留人案”的文本追问	付立庆 59
“错案追究”与“严打”制度 设计下的理性与情绪 ——“枪下留人案”的司法困境与 心理倾向分析	康 伟 124
从“枪下留人”案件到死刑观念	黄伟明 169
对我国刑事诉讼相关问题之检讨 ——从“枪下留人案”出发	陈永生 213
三、专家视点	254
陈兴良、张万臣与网友的交流	254

四、 网友议论	275
人民网网友	275
网易网站网友	299
五、 司法文书	302
陕西省延安市人民检察院起诉书	302
（一审）辩护词	304
陕西省延安市中级人民法院刑事附带 民事判决书	308
刑事上诉状	312
（二审）辩护词	316
紧急申诉 ——刀下留人！	322
陕西省高级人民法院刑事裁定书	324

绪论

死刑存废之议

陈兴良

死刑，是存置还是废止，这是一个问题。从应然性上来说，我们应当提出死刑废止的问题，并大力加以弘扬。在进入 21 世纪的今天，作为一名刑法学者，我们应当进行死刑废止论的启蒙。也许有人会说，在犯罪形势严峻、死刑广泛适用的今日中国，宣扬死刑废止论是不合时宜的。对此，笔者大不以为然。难道我们今天比意大利刑法学家贝卡里亚第一次正式提出死刑废止论时还更不具备条件吗？回答是否定的。

1764 年，贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》一书中对欧洲中世纪封建专制社会的刑法进行了猛烈的抨击，并以过人的勇气提出了死刑废止论。贝卡里亚提出：“死刑并不是一种权利，笔者已经证明这是不可能的；而是一场国家同一个公民的战争，因为，它认为消灭这个公民是必要的和有益的。然而，如果笔者要证明死刑既不是必要的也不是有益的，笔者就首先要为人道打赢官司。”^① 贝卡里亚以人道的名义向死刑制度发出了死刑令。只要我们考察一下贝卡里亚提出死刑废止论所处的时代背景，就不能不对他的巨大勇气表示由衷地敬佩了。贝卡里亚生活的时代，欧洲刚从中世纪的黑暗岁

^① 参见〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社，2002 年版，第 52 页。

月中走出来，但严刑苛罚仍然是这个时期刑法的根本特征。

在英国，根据著名法学家布莱克斯通在18世纪60年代保守的估计，当时英国仅规定死刑的成文法便达160多部，而每部成文法中又规定了数种乃至数十种死罪，更不用说普通法上的死罪数量了。对于英国刑法的残酷性，恩格斯指出：“谁都知道，英国的刑法典在欧洲是最森严的。就野蛮来说，早在1810年它就已经毫不亚于加洛林纳法典了：焚烧，轮辗，砍四块，从活人身上挖出内脏等等曾是惯用的几种刑罚。不错，从那时起最令人愤慨的酷刑固然已经废止，但刑法中仍然原封不动地保留了大量野蛮的和卑劣的酷刑，处死刑的有七种罪（杀人、叛国、强奸、兽奸鸡奸、破门入盗、暴力行劫、纵火杀人）；而以前应用范围广泛得多的死刑，也只是到1837年才限制在这几个方面。”^① 在法国，就在贝卡里亚提出死刑废止论的前十年——1757年3月2日，达米安因谋刺国王被判处死刑并被残酷地执行。这一死刑执行场景，正如同罗伯斯庇尔所说的那样，是一场整个民族进行的隆重的谋杀。法国著名思想家米歇尔·福柯引述了一位目击现场的官员布东留下的记载，详尽地描述了处死的过程。^② 在贝卡里亚的祖国意大利也是如此，废除死刑的观点与18世纪意大利的刑罚残酷现状是格格不入的。1792年1月12日，意大利伦巴第刑事立法改革委员会开会讨论了死刑的存废问题，贝卡里亚处于少数地位。直至1794年11月28日贝卡里亚逝世，也没有在自己的祖国实现废除死刑的梦想。1859年意大利托斯卡纳地区通过法令废除了死刑。1889年意大利统一后的第一部刑法典第一次废除死刑，但在1926年又恢复了死刑。二战结束后，1947年意大利刑法典废除了普通刑事犯罪和平时的军事犯罪的死刑，一直到1994年才废止了战时军事犯罪的死刑，从而最终实现了死刑的废止。这时，距离1764年贝卡里亚提出死刑

① 参见：《马克思恩格斯全集》第1卷，第701页。

② 参见〔法〕福柯：《规训与惩罚——监狱的诞生》，刘兆成、杨远婴译，台北桂冠图书股份有限公司，1992年版，第1页。

废止论，已经时隔 200 多年。可以想见，贝卡里亚提出死刑废止论的时候，他的心灵是何等的寂寞。正如贝卡里亚所言：“同信守蒙昧习惯的众人发生的喧嚣相比，一个哲学家的呼声确实太微弱了。”^①

死刑废止论，是从刑罚人道主义出发所得出的必然结论。如果仅仅从功利主义出发，死刑是具有其存在的合理性的。尽管死刑对于犯罪的威慑力，往往被死刑存置论所夸张，并且被大多数当政者所迷信。但相对于其他较轻的刑罚，作为最重之刑的死刑，其威慑力是其他刑罚所难以企及的。问题在于：难道死刑具有其他刑罚所不具备的威慑力，它就一定是正当的吗？如果答案是肯定的，那么，任何一种残酷之刑，包括盗者截手、奸者去势以及历史上曾经广泛适用的肉体，就具有正当性了。如果说，一种刑罚只要能够起到遏止犯罪的效果，就是一种正当的刑罚，这仅仅是一种刑罚的功利主义。这种刑罚功利主义往往导致重刑主义，陷入只要目的是正当的，可以不择手段的非道德主义的思想误区。中国春秋时期法家所宣扬的“以杀去杀，虽杀可也；以刑去刑，虽重刑可也”的思想，就是其极端之例。确实，从古至今，对于刑罚威慑效果的追求上始终没有任何变化。但是实现这一威慑效果的手段随着社会文明程度的发展和人道思想的弘扬而发生了巨大的变化。如果说，在野蛮落后的古代社会，通过严刑苛罚获得刑罚的威慑效果被认为是理所当然而视为正当的话，那么，社会文明发展到今天，人道主义已经不允许通过残酷的刑罚去追求刑罚的威慑效果，否则就是不正当的。正是在这样一个社会历史背景下，死刑从过去的天然正当演变为如今因其野蛮残酷而即将退出历史舞台。因此，人道是超越功利的，人道是人类的必然选择。在死刑问题上也是如此，它在人道的法庭上，面临着被审判的命运。为死刑辩解的另一种逻辑是杀人者

^① 参见〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社，2002 年版，第 59 页。

死。这是一种报应的刑罚理念，它曾经是死刑存置论的理论基础。在历史上，那些著名的报应论者，例如康德、黑格尔，大多是坚定的死刑存置论者。刑罚报应主义主张以恶制恶从而实现刑罚之善，以刑罚之无人道应对犯罪之无人道从而实现刑罚之人道。其实，报应主义的这些观点是似是而非的。报应本身起源于原始社会的同态复仇的习俗，意在追求犯罪与刑罚之间的对等性，从而在一定程度上体现了刑罚的公正性。但报应观念当中仍然保留着一种情绪化的、非理性的残余。在一个理性主导的社会里，报应观念逐渐消退，并且受到限制。刑罚人道主义必然要求超越功利与报应，从而为死刑废止论提供理论支持。

从实然性上来说，死刑废止是一个漫长而曲折的过程，不可能一蹴而就。因此，死刑存废也不应囿于抽象地讨论，而必须结合一个国家的实际状况。正如日本学者正田荡三郎指出：“死刑作为理念是应当废除的。然而抽象地论述死刑是保留还是废除，没有多大意义。关键在于重视历史的社会的现实，根据该社会的现状、文化水平的高下等决定之。”^①那么，从现实上来说，目前中国是否具备废除死刑的社会条件呢？笔者的回答是否定的。因为死刑废止，需要具备物质文明程度与精神文明程度这两个方面的条件，目前中国都还是不具备的。从物质文明程度上来说，中国尚是一个发展中国家，虽然我国正在全面建设小康社会，但距离这个目标尚有相当长的一段距离。在这种物质条件落后的情况下，生命价值同样保持在一个与物质条件相对应的较低水平上。犯罪对社会造成的危害就显得比较大。可以设想，同样是盗窃 1000 元财物，在经济发达地区与在经济落后地区，其危害性程度是有所不同的。在经济发达地区，月收入如果 5000 元，这 1000 元只是一周的收入。而在经济落后地区，月收入如果 1000 元，这 1000 元就是一月的收入。因此，

^① 转引自马克昌：《比较刑法原理——外国刑法学总论》，武汉大学出版社，2002 年版，第 844 页。

同样是盗窃 1000 元，在经济落后地区造成的危害是经济发达地区的五倍。由此可见，犯罪对社会的危害在一定程度上是与经济发达程度成反比例关系的。进一步引申，经济发达的社会对于犯罪具有更大的容忍性。而且，物质文明程度提高以后，抗制犯罪的物质条件也大为改善，社会可以采用刑罚以外的各种措施有效地防范犯罪。实际上，防范犯罪要优于惩罚犯罪，这个道理是容易懂的。但惩罚犯罪远比防范犯罪省力省钱，因此，在物质文明程度较低的社会，人们往往将惩罚犯罪放在第一位，而死刑则被视为一种最为节省成本的刑罚支出，因而屡屡滥用。当一个社会的物质文明程度没有发展到一定程度，当权者是不可能舍弃死刑这一刑罚方法的。除物质文明程度以外，对于死刑废止来说，精神文明程度也是十分重要的。事实证明，在一个精神文明程度较低的社会，报应观念愈是强烈，对于死刑的认同感也就越强。而只有当精神文明程度发展到一定水平，超越报应的刑罚人道主义思想才具有存在的社会土壤。我国目前精神文明程度也还处在一个较低的水平上，废止死刑还缺乏广泛的社会认同。尤其是在中国传统法律文化中，杀人者死之类的报应观念源远流长，成为中华民族社会心理的重要组成部分，它对死刑的废止起着强烈的阻却作用。因此，从物质文明与精神文明两个方面来说，我国目前尚不具备死刑废止的条件。

我国死刑目前不宜废止，但却应当加以严格限制。因此，限制死刑是我国的当务之急。死刑的废止是以刑罚轻缓化为前提的，只有经过刑法改革，逐渐实现了刑罚轻缓化，死刑的废除才有可能真正提上议事日程。在欧洲各国，到 19 世纪中叶已经基本上实现了刑罚轻缓化，从而为进一步废除死刑创造了条件。例如，英国 19 世纪司法改革的重要内容之一就是改革严酷的刑法。早在 1826 年，罗伯特·皮尔就呼吁对残酷而混乱的刑法进行修改、整理、汇编，使之明确化、法典化，可惜这一要求未被政府采纳。不过，在以后的几十年内，刑事罪特别是死刑罪有所减少。1837 年，议会通过了几个法案，进一步限制了死刑罪的数量，取消了违背人道主义的

颈手枷等酷刑，因债务而被监禁的历史也宣告结束。1861年，议会又连续通过6个法案，对刑法进行了较大修改，它们构成了现代英国刑法的核心。这些法案规定，只有叛国、谋杀、武装海盗、纵火烧毁皇家造船厂、军械库或船只才可判死刑，不得在公共场所处决死刑犯人。上述改革大大缓和了刑法的严酷性。^①在法国和德国，也大体上在这个时期完成了刑法改革，其标志分别是1810年的《法国刑法典》和1871年的《德国刑法典》。这两部刑法典虽然都还保留死刑，但死刑的罪名已经大量减少，并且死刑执行的残酷方法也已被废除。而在这个时期，我国正处于清朝末期，延续了数千年的死刑还是我国当时刑罚的主要内容。正如沈家本所言：顺治时，律例内真正死罪，凡二百三十九条，又杂犯斩绞三十六条。而至清末时，死罪凡八百四十余条，较之顺治年间，增十之七八，不惟外人所骇闻，即中国数千年来亦未有若斯之繁且重地。^②此时，中西在刑罚的残酷性程度上形成鲜明的对比与反差，从而也为列强在中国实行治外法权提供了借口。在清末刑法改革中，沈家本主持修订《大清律例》，减八百余项死罪为20余种。经过清末刑法改革，中国逐步实现了刑法的近代化，在死刑问题上也缩短了与西方国家的距离。清末至今，又一个多世纪过去了。在这一期间，经历了两次世界性的废除死刑高潮。尤其是1989年12月15日，第44届联合国大会通过了废止死刑的国际公约，进一步推动了废除死刑运动的发展。到目前为止，已有将近一半的国家在法律上废除了死刑或者在事实上不执行死刑。即使是在保留死刑的国家，死刑的适用也受到严格限制。与此同时，我国的死刑未减反增。1979年刑法中有28个死罪，至1997年已经增至68个，几乎占整个罪名的1/7。可以说，我国目前刑罚严厉性程度与西方的对比度几乎等同于清末。在这种情况下，死刑限制是十分迫切的。我认为，应

① 参见程汉大主编：《英国法制史》，齐鲁书社，2001年版，第406页。

② 参见李贵连：《沈家本与中国法律现代化》，光明日报出版社，1984年版，第95页。

当在较短的时间内，将死刑罪名减少到 20 个左右，尤其是经济犯罪与财产犯罪应当废止死刑，那些备而不用的死刑罪名也应予以废止。再经过一个时期的努力，将死刑限于故意杀人等个别特别需要保留死刑的罪名，逐步地减少社会对死刑的依赖程度。在社会条件具备的情况下，最终废止死刑。

综上所述，笔者对死刑是存置还是废止这个问题的回答是：从应然性上来说，我是一个死刑废止论者；从实然性上来说，我是一个死刑存置论者——确切地说，是一个死刑限制论者。

一、专题论坛

从“枪下留人”到“法下留人”

主讲人：陈兴良 北京大学法学院教授、法学博士、博士生导师

评论人：胡云腾 中国社会科学院法学研究所副所长、法学博士、博士生导师

朱占平 陕西省嘉瑞律师事务所律师、董伟案二审辩护人

陈瑞华 北京大学法学院教授、博士生导师

侯国云 中国政法大学教授

白建军 北京大学法学院教授

梁根林 北京大学法学院副教授、法学博士

时间：2002年11月7日

地点：北京大学法学院模拟法庭

梁根林：

今天是我们刑事法论坛第28次活动。主讲人是我们法学院的陈兴良教授。我们邀请的评论嘉宾有中国社会科学院法学研究所的副所长胡云腾博士、中国政法大学侯国云教授。这里，还要介绍我们一个特别的嘉宾，他是陕西省嘉瑞律师事务所的朱占平律师。除了校外的这三位嘉宾以外，还有我们法学院的陈瑞华教授、白建军教授。我是梁根林。

我们刑事法论坛一般是由一个教授作主题发言，之后由其他嘉宾来点评，点评完了以后由台上台下大家一起来交流。今天陈兴良教授的主题报告是“从枪下留人到法下留人”，之所以做这么一个主题报告，是因为陕西延安发生了一个在全国引起广泛影响的刑事案件，也就是董伟故意杀人案。董伟故意杀人案的二审辩护律师就是现在到场的朱占平律师。今天先由朱占平律师对董伟故意杀人案的案情，也就是一审、二审的过程，做一个客观的、相对具体的介绍，在这个基础上再由陈兴良教授做主题发言，然后由各位嘉宾作点评，最后我们台上台下再来交流。需要声明的一点，死刑问题在世界范围内都是一个非常敏感的法律问题、社会问题和政治问题，我们今天对死刑问题的探讨，不是要像媒体那样来炒作，而是要做一个严肃地、客观的学理分析。所以我们今天探讨的焦点，也就是这个案件所反映出来的我们国家的死刑制度存在的问题，来做一个客观的、严肃的学理探讨。不带任何感情因素，做一个纯粹客观的、严肃的学理分析，可能更有助于我们国家死刑制度的改进和完善。下面我们就首先请朱占平律师来对董伟故意杀人案的基本情况做一些介绍。

朱占平：

各位教授，各位专家，同学们，朋友们，晚上好。非常感谢北京大学法学院以及陈兴良教授安排这次机会让我和朋友们进行面对面的交流，我对此感到莫大的荣幸。我来自陕西嘉瑞律师事务所，我的老家在陕北子洲县。今天下午我来到我们北大的烈士纪念碑前，看到上面李子洲的名字，我当时怦然心动，因为我的家乡就是以这位烈士的名字命名的子洲县。子洲是北大人，我是子洲人，从这么一个意义上讲，我和北大有某种历史上的渊源。我是第一次来到北大，我感觉来到北大有一种回到外婆家的温馨。所以再次感谢大家对这个案件的关注。现在我就根据主持人的安排，来对这个案件作一个简单的汇报。

董伟，男，26岁，他也是子洲人，在延安打工。在2001年的5月1日到5月2日凌晨，他和他的女朋友，叫做曹筱丽，以及他女朋友的朋友，也是女的，到舞厅里面去跳舞。这歌舞厅在五一晚上是通宵的，他们到达的时候已经是凌晨一点左右，当他让他的女朋友交票进去以后，旁边的死者，宋阳就拦住董伟说：“你带两个女的，把那个高个子的让出来让我睡上一个晚上。”原话就是这么说的。董伟就说：“你们家也有，你回你们家睡去”。宋阳就抽出皮带，向董伟抽打。这个情节包括董伟的朋友都可以证实。然后，舞厅的一些保安，就是售票的，拉开说这是舞厅，不要打架。拉开以后呢，董伟由于女朋友已经进去了，所以他当时掏出香烟，给劝架的人分了一圈，然后一盒儿整的就给了宋阳，说你给我留点面子，这事就算了。本来他以为这件事情已经结束了。这个情节董伟自己有供述，在一审董伟被判处死刑以后，舞厅里其他人也把这个情节讲出来了，讲出来以后人民法院没有去调查，作为律师，出于一种本能的自我保护意识，我也不能去取这个证，所以二审没有采信这个情节。此后，宋阳就走了。证人证言证明宋阳是朝着邮局的方向走了。宋阳走了以后，据董伟自己的供述，他就没有继续跳舞的兴趣了，舞厅门口有一个磁卡电话，他就去那里打电话，叫女朋友出来。他说如果女朋友不出来的话，他就自己走了。董伟供述说这个时候宋阳回来了，他带着自己的朋友，过来抱住他的腰，宋阳抓住他的头发，他在一条腿跪地的情况下，就在地上摸起了一块地砖，然后照着宋阳的头砸了两下，砸第一砖的时候宋阳没有松手，砸第二砖的时候宋阳就松手了，他就从那个巷子里跑掉了。董伟的供述是这样的，没有其他证人证言。一审的时候判处他死刑的惟一的一份证据，就是靳延生的证词，他是一个摩的司机，骑摩托专门送客人的，他的同事李锋也是开摩托的。他说我和李锋在凌晨二点的时候开车到舞厅，看到那里围了一圈人，其中一个人蹲在地上满脸都是血，另外一个穿白衬衣的（指的就是董伟），来回走动骂着，然后骂了一会儿，这个人就从巷子里面走了。他和李锋都认为