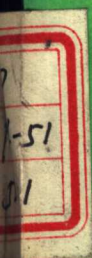


1

刑事诉讼法系列丛书

肖胜喜 著

死刑复核程序论



刑事诉讼法学系列丛书

死刑复核程序论

肖 胜 喜 著

中国政法大学出版社

作者小传

肖胜喜，男，现年32岁，山东省胶州市人。1982年毕业于山东大学哲学系，获哲学学士学位，1982年9月考入中国政法大学研究生院，就读于刑事诉讼法专业，1985年毕业，获法学硕士学位。毕业后，在中国政法大学刑诉法教研室工作。1987年被聘为讲师。1988年考取中国政法大学刑事诉讼法专业博士研究生。

自1983年以来，先后在《中国法学》、《法学研究》、《中国刑警学院学报》、《法学》、《公安大学学报》等刊物上，发表学术文章二十余篇，并参加了多种刑事诉讼法学教材的编写。

说 明

《中华人民共和国刑事诉讼法》颁布实施已近十年了。我国刑事诉讼法学界及广大实际工作者，对刑事诉讼法学的研究不断深入，取得了可喜成果。刑事诉讼法学系列丛书，在已有成果的基础上，力戒注释式，突出一个“学”字，力求从学理上对刑事诉讼法学进行深入研究。我们组织了人民法院富有经验的审判人员和刑事诉讼法学教授、副教授、博士、硕士研究生多人，编著了《刑事诉讼法学系列丛书》。本系列丛书采用拓展知识，向广度和深度同时开发的方法，力图把对刑事诉讼法学的研究向前推进一步。本丛书已列为司法部重点科研项目。

《刑事诉讼法学系列丛书》对我国刑事诉讼程序按次序，分阶段，列专题，逐题研究，每一个诉讼阶段形成一本专著。每本书的内容包括：该诉讼程序古今中外发展状况，我国立法的理论根据和实践依据，刑事诉讼法颁布实施以来司法实践中出现的新情况，新问题，尤其是对人民司法工作关于刑事诉讼程序方面的实践经验，都一一列出专题，加以研究，使之系统化、规范化，为完善我国刑事诉讼法律制度，提出合理化建议。本系列丛书有以下几本：

刑事立案论

侦查程序论

强制措施论

论管辖

论刑事附带民事诉讼

论提起公诉

自诉案件论

一审程序论

二审程序论

死刑复核程序论

审判监督程序论

论执行

刑事辩护制度论

以上各书，在撰稿时，首先由作者定专题，拟提纲，然后，经全体作者共同讨论，修改补充，作者根据提纲撰写，最后，由主编、副主编统改定稿。

这套书既可供法学科研、教学单位参考，也对司法实际部门的业务工作，有一定指导作用，更是广大刑事诉讼法自学者的良师益友。

由于该丛书工程巨大，加之这种编著体例，在我国刑诉法学界尚属首次，我们的经验、学术水平有限。因此，各书内容的深度和广度，都会存在不少问题，敬请读者提出宝贵意见。

编者

一九八九年元月十七日

目 录

第一章	死刑复核的历史沿革	(1)
一、	“恤刑慎罚”是死刑复核产生的 思想基础.....	(1)
二、	封建土地所有制是死刑复核产生 的经济基础.....	(5)
三、	死刑复核制度的历史发展.....	(8)
四、	死刑复奏制度.....	(26)
五、	对古代死刑复核的认识和评价.....	(30)
第二章	我国社会主义法制中死刑复核 的形成和发展	(37)
一、	新的革命政权产生新的法律.....	(37)
二、	死刑复核产生于第二次国内革命 战争时期.....	(39)
三、	死刑复核发展于抗日战争时期.....	(43)
四、	解放战争时期死刑复核进一步完善.....	(47)
第三章	死刑复核程序是刑事诉讼中的特殊程序	(57)
一、	与外国的有关程序比较,死刑复核程序为我国 所独有.....	(57)
二、	同我国刑事诉讼中的其它程序相比较,死刑复 核程序具有特殊性.....	(62)
第四章	死刑立即执行案件的复核程序	

一、	死刑立即执行案件的核准权·····	(69)
二、	对死刑复核程序中几个问题的认识·····	(75)
三、	死刑复核的方式·····	(104)
四、	对定罪的复核·····	(108)
五、	对被告人的复核·····	(120)
六、	对证据的复核·····	(136)
七、	对适用法律的复核·····	(157)
八、	对审判程序的复核·····	(166)
第五章	死刑缓期二年执行案件的复核·····	(175)
一、	“死缓”案件的核准权由高级人民法院行使·····	(175)
二、	判处“死缓”案件的报请复核程序·····	(177)
三、	死刑缓期二年执行案件的核准程序·····	(178)
四、	复核“死缓”案件时应注意的几个问题·····	(182)
第六章	死刑复核程序中的其他两个问题·····	(191)
一、	在死刑复核中律师应有独立的申诉权·····	(191)
二、	人民检察院对于死刑案件的监督作用·····	(211)

第一章 死刑复核的历史沿革

中华民族是世界文明古国之一，不仅有着近5000年的悠久历史和灿烂绚丽的文化，而且在法律建设上也独树一帜，以其博大繁杂的法律体系——中华法系独立于世界法制之林。在封建社会漫长的历程中，统治阶级为了镇压敌对阶级的反抗，维护自己的统治，使封建江山千世万世传之无穷，创造了一个诸法合一的法律体系。在这个包罗万象的法律体系中，有不少可供我们借鉴的东西，死刑复核当算其中之一。迄止今天，它仍然是我国法制建设中的精粹，只是其所反映的阶级意志有了质的不同。为了正确认识社会主义法制中死刑复核的性质、作用、目的和意义，就必须考察我国古代死刑复核产生的思想基础和经济根源，并按照历史的顺序，阐明其发展过程，对其作出客观的评价。因为“在分析任何一个社会问题时，马克思主义理论的绝对要求，就是要把问题提到一定的历史范围之内”。^①

一 “恤刑慎罚”是死刑复核产生的思想基础

当我们论及到封建社会的法律时，往往用“残酷性”来概括它的特点。在一般意义上，这种概括是正确的。因为封建法律的确以残酷著称，这种残酷性主要表现在对罪犯的不

^① 《列宁选集》第2卷，第512页。

人道方面，以肉刑和死刑为主要刑罚，以刑讯逼供为主要的取证方法。如“墨罚之属千，劓罚之属千，髡罚之属五百，宫罚之属三百，大辟之罚，其属二百，五刑之属三千”。^①尽管有的史学家认为，这些数字“皆非实数”，^②但古代的刑罚主要体现为肉刑和死刑则是无可置疑的。大概也正因为刑罚的残酷，才使得大多数统治者在适用刑罚的时候，能够采取比较慎重的态度。这倒不是由于统治者出于什么“善心”，而是因为刑罚本身是统治阶级的一种工具，滥施刑罚的结果往往破坏法律的尊严，给统治阶级带来不利的后果。因此，历代比较开明的君主和地主阶级政治家为了缓和阶级矛盾，在坚持对劳动人民反抗行为进行镇压的同时，都强调按照儒家“德为刑之体”的原则指导司法活动，标榜在理刑治狱中施以“仁义道德”，以达到所谓“推恩足以保四海”的目的，在这种思想支配下，历代形成了一套恤刑慎罚的制度。故《礼记·王制》篇曰“刑者，儆也，刑者成也，一成而不可变，故君子尽心焉”。从封建社会第一个皇帝——秦始皇开始，统治者大都主张慎用刑。如《汉书·刑法志》记载，秦始皇“专任刑罚，躬操文墨，昼断狱，夜理书，自程决事，日悬石之一。”封建皇帝独揽司法大权，虽然表明行政对司法的干涉，但也说明皇帝重视刑罚。秦始皇以后的历

① 《尚书·吕刑》。

② 吕思勉认为，“古者出于礼则入于刑，而礼之节目，殊为繁碎。故曰‘礼仪三百，威仪三千’。夫威仪至于三千，而出于礼者咸入于刑，则固可云五刑之属三千。”“古言多则云三，以其数之繁，不可以百计，则云千，以千计而犹觉其多，则曰三千云尔”。故五刑之属三千，“皆非实数也”。参见《吕思勉读史札记》上册，上海古籍出版社1982年版，第335页。

代皇帝，也都注重亲理狱讼。如《汉书·刑法志》载，“宣帝……时常幸临宣室，斋居而决事，刑狱号为平矣。”《晋书·刑法志》载，“（东汉）光武中兴，留心庶狱，常临朝听讼，躬决疑事”。《册府元龟》载，“后魏孝文帝太和十五年，……于东明观亲折疑狱”。①《宋史·刑法志》载，宋太宗“在御，常躬听断，在京狱有疑者，多临决之”，且常常“亲录京城系囚，以至日盥。”《明史·刑法志》载，“太祖尝曰，凡有大狱，当面讯防构陷锻炼之弊。故其时重案多亲鞫，不委法司”。《清史稿·刑法志》载，“非常大狱，……自顺治迄乾隆间，有御廷亲鞫者”。统治者如此看重狱讼之事，是因为他们认识到，“妄赏以随喜，妄诛以快怒心”，就会动摇国本，造成纲纪荡然，河溃鱼滥的后果。所以，历代统治者都十分重视赏罚权，并把其作为一种统治艺术。“善为国者，赏不僭而刑不滥。赏僭则惧及淫人，刑滥则惧及善人。若不幸而过，宁僭无滥。与其失善，宁其利淫”。②对一般案件的刑罚尚且如此慎重，对死刑案件当更为谨慎。所以，当遇到难以决断的死刑案件时，就遵循“与其杀不辜，宁失有罪，与其增以有罪，宁失过以有赦”③的原则。

恤刑慎罚的思想在中国历史上源远流长。十三经之一的先秦古籍《周礼》以及差不多同时代的儒家鼻祖孔、孟，都有这方面的记载或论述。如《礼记·王制》记载成“疑狱，泛与

① 《册府元龟》卷五十八

② 参加吕思勉《读史札记》，第388页。

③ 见《尚书大传·周传·甫刑》。“与其杀不辜，宁失不经，是尚书中记载的古代统治阶级对待疑罪的态度。也有人认为这是我国“无罪推定”的发轫。

众共之，众疑，赦之，必察大小之比以成之。成狱辞，史以狱成告于正，正听之，正以狱成告于大司寇，大司寇听之棘木之下，大司寇以狱之成告于王，王命三公参听之，三公以狱之成告于王，王又宥，然后制刑”。一般案件要由史、正、大司寇和王四者反复听讼和权衡，然后才能制刑。不仅如此，案件经过负责审理的司法官员定判后，还要广泛征询意见。这表明了对案件的慎重。《周礼·秋官·小司寇》载，“以三刺断庶民狱讼之中：一曰讯群臣，二曰讯群吏，三曰讯万民”。群臣、群吏、万民虽然并不亲自参加诉讼，但他们可以就案件表示意见，以供听讼者参考。孟子则认为，“左右皆曰可杀，勿听，诸大夫皆曰可杀，勿听，国人皆曰可杀，然后察之，见可杀焉，然后杀之。”左右即群臣，诸大夫即群吏，国人即万民，可见孟子的主张与周礼如出一辙。

孔子则从伦理的角度阐明了慎用刑的意义。认为刑罚只能惩办于犯罪之后，而“德化”与礼教则能防患于未然。即所谓“导之以政，齐之以刑，民免而无耻，导之以德，齐之以礼，有耻且格。”因此，他主张少用刑，慎用刑。即后来儒家倡导的“德主刑辅”。

另外一本封建典籍《尚书》也有慎用刑的记载。如《尚书·康诰》载，“五曰，呜呼，封，敬明乃罚。……又曰，要囚服念五六日，至于旬时，丕蔽要囚。”孔传“叹而赦之，凡行刑罚，汝必敬明之，欲其重慎”，主张审理狱案，不可草率决讼，必反复思量，求其至当而后定也。《尚书·洪范》篇“汝则有大疑，谋及乃心，谋及乡士，谋及庶人，谋及卜筮。”将如此众多的官、民视为谋议决疑的对象，可见对案件处理的慎重。

死刑案件与其他案件的不同，就在于“人命至重，一死不可复生”。如果说其他案件发生错误尚可采取补救措施的话，死刑一旦执行，则毫无补救办法。因此，统治者对死刑案件尤为审慎。如《周礼》载，乡士“掌国中，各掌其乡之民数而纠戒之，听其狱讼，察其辞，辨其狱讼，罢其死刑之罪而要之，旬而职听于朝，司寇听之，断其狱，弊其讼于朝，群士司刑皆在，各麗其法，以议狱讼。狱讼成，士师受中，协日刑杀，肆之三日，若欲免之，则王会其期”。按照管辖的有关规定，乡士审议其辖区内的狱讼。。对于轻罪案件，可以直接审结，对于五刑犯者，则要区别其当入死罪或入其他肉刑，分别摘寻案件要点，呈报司寇，由司寇于外朝主审，群士司刑各以本职参入审判，以便博议集思，对案件做出正确处理。由此可见，从先秦时起，对于死刑和其他重大案件，就采取不同于一般案件的审理方式。这正是后来将死刑案件从一般案件中析离出来，作为特殊案件，并创立特殊的程序——死刑复核程序的起点。不难看出，恤刑慎罚的观念，正是导致死刑复核产生的思想基础。

二 封建土地所有制是死刑复核产生的经济基础

恩格思在《反杜林论》中指出，“每一时代的社会经济结构形成现实基础，每一历史时期由法律设施和政治设施以及宗教的、哲学的和其他的观点所构成的全部上层建筑，归根到底都是应由这个基础来说明的”。^①历史唯物主义关于经济基础决定上层建筑的论断，要求我们在研究任何一个法律现象时，必须注意到它的经济根源。所以，当我们考察死刑

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷，第66页。

复核的产生时，就必须将其产生的经济基础纳入考察的视野之内。

我们知道，封建社会的经济结构，主要是土地所有制。中国的封建社会与西欧的封建社会之所以有很大的区别，其根本原因就在于土地所有制的形式不同，这也正是死刑复核不可能出现在欧洲的法律中的经济根源。在西欧的封建社会中，国王采取层层的分封的办法，将土地分送给各级贵族，贵族不仅支配着土地，而且主宰着土地的农奴，因为“农奴是土地的附录”，^①被理所当然地视为领主的所有物。领主除向农奴征发徭役和收取地租外，还可以在其领地内对农奴行使审判权。由于农奴不在国家的编户之内，国王反而不能对农奴行使司法权。这种状况就造成了西欧中世纪法律上的混乱和杀人的随意性，正象恩格斯指出的那样，法国封建主“以一时高兴，就可以把农民投入监牢”，“主人可以任意把农民打死，或者把农民斩首，加洛林纳法典就是一个例证。”^②既然杀人是各封建主私人的权利，对整个国家的利益不产生影响，死刑复核也就不可能产生。

中国的情形则截然不同。自秦朝开始，“普天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣，”^③虽然间或有分裂和动乱发生，但统一的集权制封建帝国始终是中国封建社会的主导形式。土地的高度集中，导致了东方专制制度的形成，而皇帝则居于这个专制统治的最高层，集行政、司法大权于一身。由于整个封建大厦奠基於个体农业生产的经济基础上，

① 马克思《1844年经济学——哲学手稿》。

② 《马克思恩格斯全集》第7卷，第397页。

③ 见《诗经·小雅》。

因而，封建统治的兴衰枯荣取决于农业生产。历史的发展表明，每当农业歉收，农民不堪忍受地主阶级残酷的政治压迫和经济剥削，揭竿而起的时候，也就宣告了一代封建王朝的终结。因而，历代统治阶级总是奉行“国以民为本，民以食为天”的“民本”策略。农民既然是国家的编户，是封建国家赋税和兵役的来源，封建统治者在对其采取刑罚时，就必然采取慎重的做法。大约自秦汉以来，法律就明确规定，地主不准随意杀伤农民，滥杀无辜，律有惩处。

随着农民在生产中的地位和作用的提高，统治者认识到，需要由专门的机关统一掌握杀人的标准，只有这样，才能维护统治阶级的利益，于是，一套繁琐、严密的诉讼制度和程序——死刑复核便产生了。当然，死刑复核在其最初产生时，还是简单的，不完善的。随着历代统治阶级的填充、雕琢，逐步完善和发展起来。

马克思曾经深刻地揭示了法与其产生的经济基础之间的关系。他指出，“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已”。^①他又在《〈政治经济学批判〉序言》一文中明确指出，“法的关系正象国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质生活关系”。^②正是从封建的土地所有制关系中，我们看到了死刑复核产生的必然性。

① 《马克思恩格斯全集》第4卷，第121—122页。

② 《马克思恩格斯选集》第2卷，第82页

三 死刑复核制度的历史发展

同任何事物都有一个产生和发展的过程一样，法律制度也有其发展的内在逻辑。死刑复核在法律中出现以后，一直延绵不断，历经十几个朝代，一千数百年。其经久不衰的原因自然是由于它适应统治阶级需要。而统治阶级为了使之更好地服务于自己的统治，又不断地发展和完善着这一制度。到封建社会末期，死刑复核已成为“一代大典”，死囚犯们在庄严肃穆的气氛中，等待着对自己的最后判决，或者被送上断头台，或者侥幸得以苟全性命。皇帝生杀予夺的大权在这一过程中被淋漓尽致地体现出来。由于各朝代的政治、经济状况不同，其法律制度也不完全一样，每一朝代死刑复核的组织、方式也不尽相同。为了论述的方便，我们将按照历史发展的顺序，将其分成几个阶级，依次叙述。

（一）隋唐以前的死刑复核

死刑复核具体成制于哪一朝代，或由哪一法律具体规定，至今诉讼史学界尚无统一的认识。这不仅因为史料乏匮——唐以前的历代法典大都散佚，而且也因为封建的法律在相当程度上受到皇帝诏令的干涉。一言废法、一言立法是封建社会常有的现象。故要确切地指出死刑复核确立于哪一朝代，确有困难。目前所能见到的材料中，最早有死刑复核规定的，是《魏书·刑法志》。因此可以说，隋唐以前的法律中，有死刑复核的具体规定，是不容置疑的。

公元前221年，秦始皇“奋六世之余烈，振长策而御宇内，吞二周而亡诸侯，履至尊而制六合，执敲扑而鞭笞天

下”，①结束了诸侯割据称雄的局面，以严刑峻法治理国家。但秦朝毕竟是第一个统一的封建国家，而且在短短十几年的时间内就夭折了，因此，其法律的简陋是不难想象的。虽然中央设有廷尉作为最高司法首长，但整个司法机构并不健全。所以，尽管秦始皇躬亲狱讼，决生杀，定予夺，但个人的力量毕竟有限。鞭长莫及之下，为了及时镇压有害于封建国家和社会的犯罪者，也只好赋予地方审判官以判决和执行死刑的权利。据《史记·张耳陈余列传》蒯通对范阳令曰：

“秦法重，足下为范阳令十年矣，杀人之父，孤人之子，断人之足，黔人之首，不可胜数”。这表明秦朝的县令也有判决死刑的司法大权。翻阅《睡虎地秦墓竹简》一书，可以看到，《封诊式》中保留下来的大部分刑事和民事案例，几乎都是由县一级审判机关审理的。其中不少都属于死刑案件。相反，我们却见不到法律上规定有关死刑案件要由上级审判机关或最高审判机关复核的任何记载，因此，可以确信，秦朝尚无死刑复核的规定。

迄至汉朝，诉讼程序和制度得到了进一步的发展和完备。虽然汉承秦制，但汉朝统治者亲眼目睹了秦朝的灭亡，并认识到秦朝灭亡的原因是“仁义不施”。于是，汉朝统治者把儒家“德主刑辅”、“礼法并用”作为立法的指导思想。一方面主张德治，另一方面又加强立法活动。“相国萧何摭秦法，取其宜于时者，作律九章”。②按照汉律规定，一般死刑案件，地方审判官仍然可以不报而决。如《陔余丛考》记载，汉郡县令皆有专杀权，“刺史、县令杀人不

① 贾谊《过秦论》

② 《汉书·刑法志》

待奏”。西汉时涿郡太守严延年杀下属官员赵綉，就没有报请皇帝批准。但与秦律不同的是，汉律同时规定了对重大疑难案件，包括部分死刑案件以及官吏犯罪的案件，要由皇帝批准，才能执行。据《汉书·王温舒传》记载，河内太守王温舒，“捕郡中豪猾，相坐连千余家。上书请，大者至族，小者至死，家尽没入偿藏。奏行不过二日，得可，事论报，至流血十余里。河内皆怪其奏，以为神速”。这表明案情重大的死刑案件，要报告朝廷，得到皇帝批准。这既标志着皇帝对死刑案件审判权的部分垄断，也表明下级官吏对于重大死刑案件比较慎重。另外，汉朝规定，对于疑罪和对于具有一定等级、官制的人判处较重的刑罚，也都要由皇帝批准。如《汉书·刑法志》载，汉高祖诏令，“狱之疑者，吏或不敢决，有罪者久而不论，无罪者久而不决。自今以来，县道官狱疑者，各献所属二千石官，二千石以其罪名当报之。所不能决者，皆移廷尉，廷尉亦当报之。廷尉所不能决，谨具为奏，傅所当比律令以闻。”如汉武帝时，綉衣御史暴胜之等，“奏杀二千石，诛千石以下”。师古注“二千石者，奏而杀之，其千石以下，则得专诛”。^①汉高帝时，“令郎中有罪，耐以上请之”。宣帝时，“诏令六百石位大夫有罪，先请之”。“请”即意味着案件要报皇帝复查。其中死罪的复查如果确实，可以赐死，也可以减刑。自然，汉朝法律中的这一系列规定和做法，还不能算作死刑复核。首先，奏请皇帝审核的案件并不完全是死刑案件，也有一些判处其它刑罚的案件。其次，下级审判机关判处的一大批死刑案件，并不必须报请皇帝批准，皇帝所关心的主要是官吏犯罪的重大案

① 《汉书·元后传》