

# 当代刑事法学新思潮

高铭暄教授、王作富教授八十五华诞  
暨联袂执教六十周年恭贺文集

下卷

赵秉志 / 主编

京师刑事法文库 (86)

北京大学出版社



# 当代刑事法学新思潮

高铭暄教授、王作富教授八十五华诞  
暨联袂执教六十周年恭贺文集

下卷

赵秉志 / 主编



京师刑事法文库 86

北京大学出版社



# 目 录

## 第三编 外向型刑法问题研究

### (一)

- 美国死刑制度的历史演进及对我国死刑制度改革的启示 / 郑延谱 1143
- 宪法修正案与美国死刑制度改革 / 魏昌东 1156
- 中美著作权刑法保护之比较研究 / 张海梅 1177
- 德国刑法上的排除犯罪性事由:从正当化到可宽宥 / 吴玉梅 1186
- 《德国刑法》第 287 条研究 / 陈毅坚 1194
- 意大利对于酒驾行为的治理与惩处 / 杨 超 1202
- 日本 20 世纪初的治安立法与治安体制研究 / 周振杰 1209
- 新加坡刑法的历史、渊源及特色 / 刘 涛 1224

### (二)

- 建立我国移入式被判刑人移管法律制度的几个问题 / 黄 风 1235
- 国际刑事合作 1249
- 涉外案件刑事管辖权的实现路径 / 王新清
- 当代国际刑法中的若干热点问题浅析 / 周露露 1259
- 缔结维护国内和平的国际总章程刻不容缓 / 盖新琦 1275
- 造假的国际影响与打假的国际合作 / 杨 诚 1297
- 以色列《预防恐怖主义条例》评析 / 王 琼 1307

### (三)

- 论中国区际移交逃犯应遵循的原则及其模式 / 柯良栋 1319
- 论全国性法律在香港适用的权力冲突 1329
- 以香港“侮辱国旗案”为例 / 马正楠
- 论澳门刑法的理论本源 1342
- 以大陆法系刑法理论为视角 / 赵国强

毒品犯罪若干问题探讨 / 徐京辉	1365
大陆与台湾违法论之比较研究	1380
——以违法性的本质为中心 / 时延安	
海峡两岸犯罪停止形态立法比较研究 / 王志祥	1402

#### 第四编 刑事政策与犯罪学问题研究

##### (一)

宽严相济刑事政策的理解与适用 / 张 军	1423
宽严相济刑事政策的辩证关系 / 姜 伟 卢宇蓉	1447
宽严相济刑事政策的实施及其影响 / 郭建安	1460
韩国刑事政策中的严罚主义倾向 / 金日秀 文 郑军男 译	1469
轻罪刑事政策的独立品格与基本释义 / 郑丽萍	1481
刑事政策与刑法解释关系论纲 / 焦 阳	1493
论我国刑事政策的演进及具体运用	1503
——以人身危险性为视角 / 刘 杰	
现阶段中国惩治贪污贿赂犯罪刑事政策的应然选择 / 孙国祥	1515

##### (二)

城市、国家的国际化与法律准备	1531
——以 2000—2010 年在京外国人犯罪为样本 / 于志刚	
论贿赂犯罪的破窗理论与零容忍惩治对策 / 王秀梅	1562
贪利性犯罪死刑配置正当根据的犯罪学追问 / 张远煌	1569
有组织犯罪的相对性研究 / 刘广三	1581
西方循证犯罪预防研究简述 / 王 辉	1588
被害人理论的刑法学研究 / 杨建军	1596
论电子监控适用中的“有限性” / 陈 冉	1606
我国农民工犯罪社会支持系统原因分析 / 陈宝友	1615
家庭因素与未成年人犯罪经验研究	1628
——对若干流行观念的定量检验 / 赵 军	
现阶段中国企业家犯罪的致罪因素 / 李山河 臧爱存 闫永安	1639

#### 第五编 刑事程序问题研究

论量刑建议 / 朱孝清	1651
中国刑事诉讼制度的重要改革和完善 / 王尚新	1676

实证研究方法与中国刑诉法学研究之转型 / 宋英辉	1691
暂缓起诉制度再认识 / 孙 力	1697
传闻证据与医疗鉴定报告书 / 张丽卿	1704
论我国司法精神病鉴定的必要性	1720
——从邱兴华案切入 / 曾粤兴 周彦呈	
我国审前羁押程序中的权利保护问题研究 / 管元梓	1730
死刑复核效益论 / 徐留成	1737
论我国违法所得特别没收程序 / 陈 雷	1743
修改后《刑事诉讼法》之特别程序	1757
——违法所得没收程序若干问题探讨 / 薛淑兰	
检察机关知识产权保护工作机制研究 / 刘 惠 刘丽娜 王 拓	1764

## 第六编 其他问题

刑事政治与刑事法治随想 / 卢建平	1783
论卓越法律人才的应有素质及其培养路径 / 莫洪宪	1796
法学不是科学 / 林东茂	1806
新中国注释刑法学的扛鼎之作	1815
——试评高铭暄教授著《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》 / 赵秉志 阴建峰	
新中国刑法立法全史的口述者	1824
——《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》的读后偶成 / 徐 宏	
一位法学大师的京剧人生	1830
——为恭贺恩师高铭暄先生 85 华诞而作 / 赵秉志	
学术生命常青	1839
——高铭暄老师印象 / 吴宗宪	
仁肩担法义 亲手著华章	1848
——忆与恩师交往的点点滴滴 / 陈灿平	

第三编

外向型刑法问题研究



## (一)

# 美国死刑制度的历史演进及 对我国死刑制度改革的启示

郑延谱\*

### 目次

- 一、20世纪70年代前的美国死刑 / 1144
- 二、当代美国死刑制度的标志性案件 / 1146
- 三、进入新世纪的美国死刑制度 / 1151
- 四、结语 / 1154

随着近代人权观念的深入人心,作为人权最基本内容的生命权尤为人们所重视,而以剥夺人的生命权为内容的死刑饱受诟病也就成为历史的必然,死刑这一沉重的话题开始引发人们的理性思考。春雷一声惊梦醒,贝卡里亚于1764年以其传世名作《论犯罪与刑罚》拉开了向以死刑为代表的封建酷刑宣战的序幕,也同时宣告了世界范围内关于死刑大论战的开始。尤其是近几十年来,西方国家在“人权”、“人道”的大旗下,掀起了世界范围内废止死刑的运动。如今,全面废止或采取措施严格限制死刑成为世界上大多数国家的共同选择<sup>[1]</sup>;在近代人权观念发展较早的欧盟各国,死刑更是被全部废止。

一个有意思的现象是,作为与西欧各国在文化上同宗同源的美国,却一直保留

---

\* 北京师范大学法学院副教授,法学博士。

[1] 根据大赦国际的统计,截至2008年6月,世界上已有91个国家和地区在法律上明确废除了所有犯罪的死刑;11个国家和地区废除了普通犯罪的死刑,仅保留了军事犯罪或者战时犯罪的死刑;33个国家和地区在实践中事实上废除了死刑(过去10年内没有执行过死刑,并且确信不再执行死刑或者已经向国际社会承诺不再执行死刑);仅有62个国家保留了对普通犯罪的死刑。参见大赦国际网站 <http://www.amnesty.org>。



并不断适用死刑,这使得美国与中国一起成为其他西方各国抨击的对象。然而,与我国相比较而言,美国死刑执行人数却少得多,尤其是近年来更是基本呈逐年减少趋势,如2002年为71人,2003年为65人,2004年为59人,2005年为60人,2006年仅为53人。可以说,这都源于美国对死刑所采取的审慎的态度与多种限制措施。研究美国死刑的历史,我们发现,美国对于死刑的限制并非一蹴而就,而是经历了一个漫长的过程。本文试对美国死刑发展之路进行研究,以期对中国正在进行的死刑制度改革有所裨益。

研究美国死刑制度,有两点值得我们注意:

(1)美国独特的中央政府与各州的权力划分。联邦政府只拥有法律所明文列举的有限的主权,其余权力都由各州独立行使,包括是否废止死刑在内的犯罪与刑罚等事项。<sup>[2]</sup>除少数侵犯到联邦权力的全国性的犯罪,如走私、非法移民、伪造货币等之外,各州的案件都由其自行管辖。目前,美国共有53个司法辖区,包括50个独立的州、哥伦比亚特区、美国军方和美国联邦,其中有39个保留有死刑——37个州、美国军方和联邦政府。在39个保留死刑的司法辖区中,又有7个属于法律上保留死刑但实践中尚无一起实际执行的情况,从而又被认为是在事实上废除了死刑。<sup>[3]</sup>在一定意义上,笼统地说美国有无废除死刑是不准确的,说死刑存在于美国的某些州——类似国家的独立政治实体——则更为贴切。

(2)美国的判例法制度。美国是普通法系代表,实行遵循先例的原则,传统上法律规则不是由制定法而是由判例的方式得以确立。可以说,正是通过一个个标志性判例,美国死刑制度才得以发展。

### 一、20世纪70年代前的美国死刑

1608年,弗吉尼亚州一位名叫George Kendall的上尉军官因被发现为西班牙的间谍而被执行死刑,这是史料记载的美国第一起死刑,掀开了长达几百年并绵延至今的美国死刑历史。追根溯源,美国的死刑制度起源于英国。“美国人承认英国的普通法他们的传统和后盾”。<sup>[4]</sup>英国普通法规定的死刑罪名泛滥,甚至包括了伪造文书罪和一些普通的侵犯财产罪,以至于当殖民者最初到达北美时,虽然对死刑采取了限制的政策,但仍规定了相当数量的死刑罪名,并且随着殖民地的扩张,死刑越来越被殖民者用作维持秩序的工具;同时,英国也要求一些殖民地运用死刑控制犯罪。到美国内战爆发之前,各州规定的死刑罪名已扩张到了法律规定的许多罪名,包括叛国、海盗、强奸、鸡奸等,甚至包括许多财产犯罪。值得注意的

[2] 当然,美国联邦最高法院仍对这些事项行使监督权,方式为通过具体判例宣布某个事项违宪,这也成为推动美国死刑发展的动力与主要方式。

[3] 这些司法区包括康涅狄格、新罕布什尔、新泽西、南达科他、堪萨斯和纽约州,还有美国军方。

[4] 参见程味秋:《外国刑事诉讼法概论》,中国政法大学出版社1996年版,第37页。

是,从一开始,各州规定的死刑罪名就不尽相同。例如,马萨诸塞州规定了包括邪教崇拜在内的12项死刑罪名,宾夕法尼亚州将死刑仅限于谋杀和叛国两个罪名,南泽西州则没有规定死刑。<sup>[5]</sup>

进入18世纪,萌芽于欧洲大陆的废除死刑的思潮也波及了美国。尤其是贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》于1764年出版之后,其思想得以在北美大陆迅速传播。贝氏认为,刑罚制度的限度,是达到安全有序的适当目标,超过限度就是暴政;而且,刑事审判的效力来自刑罚的确定性,而不是残酷性;死刑与以社会契约为基础的个人主义国家观不能相容,个人的生命是一种不能放弃的权益,国家的功能既在于保护人民,就无权夺取人民的生命。因此,死刑应当废止。<sup>[6]</sup>受贝卡里亚思想之影响,弗吉尼亚州进行了最早的废除死刑的尝试。当时的美国建国者之一托马斯·杰弗逊,在他的家乡弗吉尼亚州议会提出一个修改死刑法律的提案,就是除了谋杀罪和叛国罪之外,都不得判处死刑。然而,这个提案以一票之差而告失败。<sup>[7]</sup>

宾夕法尼亚州的本杰明·拉什博士(Dr. Benjamin Rush)是当时废止死刑运动最有代表性的人物,被誉为美国废止死刑运动之父。他认为,说死刑是一种“威慑力量”是没有道理的;处死也是杀人,反而给犯罪行为一个坏的榜样。<sup>[8]</sup>拉什博士的观点得到了本杰明·富兰克林(Benjamin Franklin)等人的支持。他们提议设立“悔改之家”(House of Reform)收容罪犯,使其知道悔改,重新做人。<sup>[9]</sup>由于这些人的努力,在宾州出现了美国历史上第一次对死刑的大规模限制运动。1794年,宾州进行改革,在立法上将谋杀罪区分等级,并只对一级谋杀<sup>[10]</sup>判处死刑。在随后的四十年中,大多数州都陆续效仿宾夕法尼亚州的做法进行了改革。<sup>[11]</sup>

一个值得研究的现象是,死刑在美国南方州一直远远多于北方州。在北方,有的州从一开始就没有规定死刑。而且,许多北方州都仅对少数最严重的犯罪如谋杀罪适用死刑。究其原因,是因为南方州将死刑作为控制奴隶的工具。例如,在北卡罗来纳州,偷盗农奴、鼓动农奴叛乱和以释放为目的掩藏农奴等行为都构成犯罪。与农奴制度相适应,许多南方州的刑法都明显带有种族色彩。如佐治亚州的法律规定,如果一个奴隶或者作为有色人种的自由人强奸白人妇女将被判死刑,而如果一个白人男子强奸奴隶或者作为有色人种的自由人则仅被判处罚金或者

[5] Evan J. Mandery. *Capital Punishment In American: A Balanced Examination*, Jones and Bartlett Publishers, 2002, p. xxiii.

[6] 参见[意]切萨雷·贝卡里亚,《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第65—71页。

[7] 参见张栋:《美国死刑程序研究》,中国政法大学2006年,第4页。

[8] 同上注。

[9] 参见记欣:《生死一线间——安乐死与死刑制度之探讨》,台北商周出版社2003年版,第141页。

[10] 一级谋杀是指预谋杀杀人或者在实施纵火、强奸、入室盗窃或者抢劫过程中致人死亡的行为。

[11] Evan J. Mandery. *Capital Punishment In American: A Balanced Examination*, Jones and Bartlett Publishers, 2002.

监禁。

因此,美国早期废止死刑运动与废除奴隶运动紧密结合在一起。在19世纪30年代和40年代,当废除奴隶运动风起云涌之际,大规模废止死刑的运动亦呈勃发之势,密歇根、罗德岛和威斯康星三州在这一时期先后废止了死刑。这种废止死刑的趋势随着美国内战的爆发被中断,但又于战后得到恢复,截至第一次世界大战爆发前,已有13个州废止了死刑。

然而,在“一战”及随后的二三十年中,出于对移民潮和第五纵队队员<sup>[12]</sup>的担忧,民众又开始广泛地支持死刑。到1920年,5个废止死刑的州又恢复了死刑。在整个20世纪30年代,约有1600人被执行了死刑,超过之前两个世纪死刑执行数字的总和。<sup>[13]</sup>

研究美国死刑制度史,可以看出,在社会安定、经济繁荣的情况下,死刑会得到逐步的限制;而在社会动荡尤其是发生战争的情况下,这一发展趋势则会被中断,民众转而广泛支持死刑。

进入20世纪50年代,随着美国民权运动的萌芽和发展,新一轮的死刑废止运动再度兴起。此次民权运动的重点是提高黑人在包括刑事立法等各领域的待遇,因此也使得对死刑的适用变得更加谨慎。在这项运动中,美国全国有色人种协进会(NAACP)扮演了重要的角色。该组织对美国南部黑人囚犯的待遇进行抨击,并创立了一套制度组织律师为死囚志愿辩护。这些努力使得在60年代末死刑在事实上被停止执行。根据统计资料,从1955年至1959年,美国年均死刑执行人数是61人,而到1963年则减为21人,1964年为15人,最后到1967年仅为两人。<sup>[14]</sup>之后几年,在事实上已不再执行死刑。在这一背景下,Furman案呼之欲出了。

## 二、当代美国死刑制度的标志性案件

### (一) Furman v. Georgia 案——促使死刑制度的重大变革

Furman案围绕死刑是否属于美国宪法第八修正案禁止“残酷与不寻常之刑罚”而展开。该规定源于英国1689年的《权利法案》。为应对当时英国国王詹姆士二世为镇压蒙默思郡叛乱而进行的血腥逮捕(Bloody Assizes),国会通过立法禁止国王对人民施以各种野蛮和残酷的刑罚。之后英国移民将此条款带到了各殖民地,因此许多曾是英国殖民地的国家法律都规定有此条款。尽管美国宪法的起草者们也有意避免残酷的刑罚,但当美国宪法于1789年生效时,死刑、烙印刑和鞭刑

[12] 指工作在一国家内部的一个秘密的旨在颠覆政府的组织人员,其目的是援助入侵敌人的军事和政治,源于西班牙内战。

[13] Evan J. Mandery. Capital Punishment In American: A Balanced Examination, Jones and Bartlett Publishers, 2002.

[14] 参见 <http://www.deathpenaltyinfo.org/>.

仍很普遍。1791年通过的美国第八条宪法修正案规定了“禁止对人民索取过多的保释金、科以过重的罚金或处以残酷与不寻常之刑罚”，但同一天通过的宪法第五修正案明确规定：“任何人都不得被要求就一起杀人罪或其他不名誉的指控做出回答，除非有大陪审团的报告或起诉书为据”，其后又加上了“不经过正当程序，任何人都不得被剥夺生命、自由和财产”。由此看出，当时死刑是不属于“残酷与不寻常之刑罚”的。

然而，随着时代的演进，禁止“残酷与不寻常之刑罚”条款如同美国宪法其他条款一样，渐渐生出新意。在1910年 *Weems v. United States* 案中，最高法院认为“残酷与不寻常”之意义，“不必固守于过时的定义，而可以从人道正义得到启发的民意中获得新意”，某种与犯行不相称而显得过于残酷的不合比例的刑罚也应当被禁止。在1958年的 *Trop v. Dulles* 案中，最高法院更明确宣布残酷的定义应根据代表当代成熟进步社会进化中的正当行为标准。这些判例衍生的新理论引发出解释死刑为过度刑罚的可能性，为 *Furman* 案关于死刑违宪判决的作出打开了门户。

*Furman v. Georgia* 案实际上合并了3件单独的死刑案件，3名被告均为黑人，其中一名因犯谋杀罪被佐治亚州判处死刑，1名因犯强奸罪被佐治亚州判处死刑，还有1名因犯强奸罪被德克萨斯州判处死刑。但是3名被告均向美国最高法院提出了相同的辩护理由：用以判处死刑的方法是武断和反复无常的，违反了美国宪法。法院在审理之后，于1972年7月29日发表一段简短的法庭意见（*per curiam*）<sup>[15]</sup>：“在几起案件中所适用之法律与判处死刑之方式构成残酷与不寻常之刑罚，违反了宪法修正案第八和第十四，原判死刑部分作废，发回重审”。

在该案中，每位法官的判决理由都不相同，其中有5位法官赞同法庭意见，构成多数意见；另外4位法官则持反对意见。值得注意的是，在5位赞同法庭意见的法官中，仅有 *Brennan* 与 *Marshall* 两位大法官反对死刑本身，他们认为死刑不符合人类的尊严，并非防卫社会所必须从而是过度的刑罚，违反了美国的宪法。而其他3位赞同法庭意见的大法官并不反对死刑本身，他们或者认为在这几起案件中死刑的判决不公平而具有歧视性，或者认为死刑的适用过于随意和武断。这就意味着，如果能够采取措施使得死刑得以更加公平和谨慎地执行，他们是不反对死刑的。这就为4年后 *Gregg* 案恢复死刑埋下了先机。<sup>[16]</sup>

从技术的角度来看，*Furman* 案仅仅使得佐治亚和德克萨斯两州的死刑法律归于无效；从实际来看，其效力却及于所有州，原因很简单——其他各死刑州之法律都与上述两州类似。因此，可以说，*Furman* 案使得美国所有州的死刑法律均失效

[15] 指法庭给出的统一意见，仅代表法庭的意见，不表达每位法官个人的意见。

[16] 参见王玉叶：《美国最高法院审理死刑合宪性原则：试看 *Furman*, *Gregg* 与 *Atkins* 三案之轨迹》，载《政大法学评论》总第28期。

了,从而也使得当时全美 700 多名死囚免于死。在这种情况下,各州纷纷修改自己的死刑法律,以限制和更加小心地定义适用死刑的犯罪的种类,以免重蹈两州之覆辙。

作为美国死刑制度史上最著名的判例,Furman 案在几个方面改变了美国死刑制度的面貌:首先,作为 Furman 案的直接后果,死刑案件的审理被分为两个独立的阶段——定罪阶段和量刑阶段,这就使得被告能够在定罪阶段无罪辩护的努力失败后再于量刑阶段寻求宽赦,而在此之前死刑案件之被告很难在寻求宽赦的同时还进行无罪辩护;其次,Furman 案使得死刑罪名仅限于包含有谋杀的犯罪,而之前对诸如抢劫、入室盗窃和强奸等犯罪判处死刑都是合宪的;最后,Furman 案使得美国死刑实际执行数量大为降低,如在 19 世纪 30 年代执行了 1667 起死刑,而在 90 年代仅执行了 467 起死刑。<sup>[17]</sup>

## (二) Gregg v. Georgia——规划美国死刑制度蓝图

Furman 案适逢欧洲及世界范围内限制与废止死刑运动方兴未艾,在此之前,德意志联邦共和国、奥地利、梵蒂冈等国都在立法上明确废止了所有犯罪的死刑;卢森堡和瑞典也于同一年废止所有犯罪的死刑;英国虽于 1973 年才废止死刑,但自 1964 年起即不曾适用死刑;从历史上来看,世界上许多国家都是在这一时期先后废止死刑的。因此,当 Furman 案宣判后,许多人乐观地认为美国的死刑制度也会就此寿终正寝。

然而,历史似乎与人们开了个玩笑,Furman 案之判决竟在美国朝野上下产生了意想不到的震动。原来,死刑问题尽管一直比较敏感,但普通民众距之毕竟尚远,Furman 案将美国的死刑及其存废一下子推到了风口浪尖上,在社会上引起了广泛而热烈的争论。出于对暴力犯罪之恐惧等诸因素的影响,民意出现了大幅度反弹,支持死刑人的比例升到了 66%;也许是造化弄人,此时恰逢以对犯罪的严厉态度而著称的尼克松总统当政,其将恢复法律与秩序作为执政的重心,积极采取措施恢复死刑的执行。受民意及政治精英的影响,这一时期共有 35 个州及联邦先后修订其死刑法律,以符合最高法院的标准。

Gregg v. Georgia 案审理前,各州根据新修订的法律已经判处了几百名罪犯的死刑,最高法院于 1976 年 3 月 31 日同一天选取了其中有代表性的 5 宗谋杀案件进行审理,审理的结果是 3 宗案件的死刑判决被维持;其余两宗的判决被推翻。在被维持的 3 宗案件中,第一宗最具有代表性,即 Gregg v. Georgia 案。在本案中,被告 Gregg 被控于 1973 年 11 月 21 日犯下了谋杀罪,佐治亚州最高法院对其判处死刑。现在已经难以想象 Gregg 在案件被美国最高法院受理之后的心情了,因为同

[17] Louis J. Palmer, JR, Encyclopedia of Capital Punishment in the United States, McFarland & Company, 2001, p212.

Furman 案相比,被告同样来自佐治亚州,同样犯有谋杀罪,况且死刑在美国已经有 4 年没有执行了。相似的案情,同样的州,同样的上诉理由,同样的法官,一切给人以恍如隔世之感。Furman 的好运是否还会降临于 Gregg?

桃花依旧笑春风,人面却已不知去向何方。在过去的 4 年中,为了避免重蹈 Furman 案覆辙,佐治亚州已像其他有死刑州一样,按照美国最高法院的标准修改了其相关的法律。按照新的法律,死刑案件的审理分为定罪程序和量刑程序;死刑只适用于很窄范围内的罪名,并且列明了加重与减轻的情节,存在至少一项加重情节才可以考虑适用死刑;死刑判决作出后将自动上诉至州最高法院。在 Gregg 案中,被告在定罪阶段被判罪名成立,在量刑阶段陪审团确认存在两项法定的加重情节。在这种情况下,在 Furman 案赞同法庭意见的 5 位法官中,除了 Brennan 与 Marshall 大法官仍坚持反对死刑的立场外,其他 3 位大法官认为,现有法律足以保证死刑得以公平和谨慎地执行了,而 4 位当初反对法庭意见的大法官的意见亦没有大的改变。这样,当初 5 比 4 的投票结果竟然戏剧化地变成了 2 比 7! 于是,在 1972 年 7 月 2 日,死刑被停止执行 4 年后,Furman 案终于被推翻,死刑执行又恢复了!

Gregg 案距今已经过去近 33 年,尽管期间略有波折,如纽约州于 1977 年废止死刑后又于 1995 年将其恢复,又如新泽西州于 2008 年成功将死刑废除,但总体来看,美国死刑制度之整体格局一直未有大的变化。因此,可以说,“Gregg 案为美国各州规划了一个蓝图,告诉这些州如何来保留死刑”。<sup>[18]</sup> 而这一蓝图亦大致勾画出了美国死刑的现状。

### (三) 其他限制死刑的标志性案件

事实上,引导美国死刑制度发展的每一起案件,无论是 Furman 案、Gregg 案还是其他标志性死刑案件,都源于对死刑是否违反美国宪法修正案第八“禁止残酷与不寻常刑罚”与第十四修正案正当程序条款的质疑。而何谓“残酷与不寻常”,则需根据“演进中的正当标准”来判定。时代的进步与人权观念的发展,使得“演进中的正当标准”不断生出新意,推动着美国死刑制度不断向前发展。

美国最早的死刑法之一《新英格兰死刑法》(Capital Laws of New England)曾规定了包括伪证、渎神等在内的重罪都可被判死刑,此后尽管随着时代的进步和“演进中的正当行为标准”的不断发展,可处以死刑之行为的范围越来越窄,在实践中被判处死刑之行为亦倾向于致人死刑之情形,但对于非致人死亡之罪行是否可判处死刑,在法律上始终处于不确定状态。1977 年 Coker v. Georgia 案中,美国最高法院判定:强奸罪毫无疑问应当受到严惩;但是从对被害人和大众造成的羞辱和伤

[18] Louis J. Palmer, JR, Encyclopedia of Capital Punishment in the United States, McFarland & Company, 2001, p. 231.



害来看,强奸罪并不能与谋杀罪相提并论,因为不涉及人命……鉴于死刑的严酷性和不可恢复性,我们有理由确信其对于强奸犯来说构成“过度的刑罚”。<sup>[19]</sup> 这样,Coker案就形成了一条原则,即死刑不适用于强奸妇女的犯罪,而绝大多数州也不约而同地认为Coker案之判决禁止了对所有不造成被害人死亡的犯罪适用死刑。如今,除了有少数州规定对叛国罪适用死刑外,所有死刑罪名都要求包含有杀人行为。<sup>[20]</sup>

根据普通法的传统,所有重罪都带有强制性死刑的条款,即只要确认被告犯有某种罪行,就直接判处死刑,不允许法官和陪审团自由裁量刑罚。美国历史上的这些强制性死刑的罪名有谋杀、纵火、强奸、抢劫、入室行窃、鸡奸、海盗和叛国等罪。尽管随着时代发展,这些强制性死刑规定越来越少,但是直到20世纪70年代,仍有一些州规定有强制性死刑条款。<sup>[21]</sup> 1976年,美国最高法院在Woodson v. North Carolina等案中判定:“尽管在宪法第八修正案通过时,所有的州都对某些罪名规定了强制性的死刑条款,但是陪审团和立法者都对此条款的严厉性持否定态度,并以自由裁量替代了强制性死刑规定;对每一种犯罪不考虑犯罪人的个人情况统一进行量刑的观念已经过时了;对于死刑这样一种不可挽回的独特刑罚来讲,北卡罗来纳州的强制性死刑规定背离了当代宪法的标准。”<sup>[22]</sup> 据此,强制性死刑规定被废止,陪审团有权根据案件的具体情况在死刑和终身监禁之间进行选择。

直到20世纪80年代末,美国都坚持对未成年人执行死刑,为此饱受国际社会的批评。1988年,在Thompson v. Oklahoma案中,美国最高法院指出:“对15岁之未成年人适用死刑是否违反了美国宪法关于禁止‘残酷与不寻常刑罚’的规定,应当根据演进中的正当行为标准进行判断……判处15岁未成年人死刑是不能为社会道德所接受的……未成年人刑事责任应当减轻,对他们适用死刑也达不到适用刑罚的目的,未成年人还有改造的空间,那些处决冷血的谋杀犯以防止其再次危害社会的理由不能适用于未成年人。”<sup>[23]</sup> 根据该案的判决,对16岁以下少年判处死刑是违宪的。2005年,美国最高法院又在Roper v. Simmons案中宣布,根据演进中的正当行为标准,对18岁以下未成年人适用死刑违背美国宪法。Kennedy大法官执笔撰写多数意见,他认为:当未成年人触犯重罪之后,国家可以剥夺他一些基本

[19] Coker v. Georgia, 433 U. S. 584 (1977).

[20] 在美国联邦司法系统,联邦刑法典规定的死刑罪名则相对宽泛,除了谋杀罪和包含杀人行为的其他犯罪之外,还包括间谍罪、叛国罪和贩卖大宗毒品罪等不包含致人死亡的犯罪。另外,1994年的《暴力犯罪控制法》(Violent Crime Control Act)与1996年《反恐主义和有效死刑法》(Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act)将死刑范围进一步扩大未遂的犯罪。但在美国晚近50年的司法实践中,仅有一例实施了与杀人无关的罪行之罪犯被执行了死刑。

[21] Louis J. Palmer, JR, Encyclopedia of Capital Punishment in the United States, McFarland & Company, 2001, p. 436.

[22] Woodson v. North Carolina, 428 U. S. 280 (1976).

[23] Thompson v. Oklahoma, 487 U. S. 815 (1988).

自由,但不能剥夺其生命,应当使其继续成长以充分了解自身的人性,未成年人的刑事责任能力要低于成年罪犯。<sup>[24]</sup> 美国最高法院对 *Roper v. Simmons* 案的裁决具有划时代的意义,使美国彻底摆脱了“唯一一个对未成年适用死刑的西方国家”的恶名。

对因弱智而致责任能力减弱者不适用死刑,是近代各文明国家所奉行的通则。但一向以“人权斗士”自居的美国,在一个相当长的时期内坚持对弱智者判处死刑,招致美国国内与国际社会的猛烈批判,但美国联邦最高法院坚持在 1989 年 *Penry* 一案中判处智商只有 50—65 的被告人 *Penry* 死刑。情况在 *Atkins v. Virginia* 案中出現转机。被告 *Atkins* 于 1996 年犯有谋杀罪,被弗吉尼亚州判处死刑,但根据审理时的测量,其智商只有 59,属于“智力迟钝型”。联邦最高法院审理后指出:“自 *Penry* 案以来,情况发生了很大的变化,大量的州开始禁止对弱智者执行死刑,更为重要的是,这是一个连续不变的趋势,情况充分说明社会已经认为弱智者比一般罪犯的责任能力低……考虑到弱智者的这种缺陷,死刑所具有的报复功能和预防功能都不能很好地在他们身上得到体现”。该案最终确立了对弱智者不适用死刑的原则。

### 三、进入新世纪的美国死刑制度

#### (一) 暂停死刑运动(Moratorium Movement)

进入新世纪,美国死刑执行数逐年下降,更有的州宣布废除死刑。造成这种现象的原因,应当说,死刑错案在其中扮演了重要的角色。自 20 世纪 90 年代以来,随着 DNA 技术的推广应用,越来越多死刑冤案得以昭雪。2009 年 4 月 8 日,Fields 被最高法院宣布无罪释放,至此,Gregg 案以来全美共有 131 名死囚被释放。释放原因共分为宣告无罪、因提交无罪证据而得到赦免、检方撤销指控等 3 种。<sup>[25]</sup> 有如此众多的无罪而被判处死刑的案例,不仅意味着这些人受到了冤屈,而且极容易使人们联想到,还有多少无辜者已被执行了死刑? 因此,自 20 世纪末开始,一些组织如 *Innocence Project* 等就致力于在全国范围内纠正冤假错案,不断奔走呼号,并提出鉴于美国死刑制度难以避免误判的问题,亦存在着严重歧视少数族裔与穷人的其他问题,应当先暂停所有死刑的执行,寻找新的方法,使死刑能够得以更加公平与公正地判决与执行。该运动被称为“暂停死刑运动”(Moratorium Movement),旨在全美范围内暂停死刑的执行。加入该运动的还有一些组织,从根本上就反对死刑,但吸取以往直接废止死刑努力的失败教训,改“毕其功于一役”为“二次革命”或“多次革命”之战略,希望借助迂回战术最终废止死刑。两类组织尽管最终

[24] <http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?scid=38&did=885>.

[25] <http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?scid=45&did=1149> at 36.



目标不同,但都能统一于“停止执行”这一大前提下,采取各种措施呼吁暂停执行死刑<sup>[26]</sup>,并取得了显著的效果,得到了越来越多人的支持。1999年,内布拉斯加州议会通过了一项议案,呼吁在该州停止执行死刑两年并开展一项有关死刑适用公正性的研究。该项议案遭到州长的否决,但议会通过努力最终维持了决议中关于开展死刑研究的部分。2000年1月,伊利诺斯州州长乔治·瑞安(George Ryan)鉴于该州恢复死刑之后,死囚中被无罪释放者要多于被执行者的现实<sup>[27]</sup>,终于签署命令停止执行该州的所有死刑,在全美引起巨大的震动。继伊利诺斯州之后,又有几个州开始重新审视其死刑法律,并采取措施加以修改,或直接废除死刑。

## (二) 新泽西州废除死刑的经验

Gregg案后,新泽西州于1982年正式恢复死刑,到2007年,该州先后有60人被判处死刑。然而,在随后漫长的上诉与申诉程序中,57人先后被该州最高法院或某联邦法院推翻或减轻,其余3人仍在上诉与申诉过程中。也即是说,自1963年之后,新泽西州尚未真正执行过一起死刑。美国死刑研究专家Zimring教授曾指出,历史上频繁执行死刑的州也就是今天最有可能保留死刑、维持死刑并频繁适用死刑的州。因为对死刑的频繁执行具有“一种先例示范作用,使政治人物确信其对死刑的参与并非不人道或不道德”,可以说,死刑的适用历史造就了支持死刑执行的文化与政治传统。反过来,历史上不常执行死刑的州今天也不太可能适用死刑。因为“一个历史上没有明确命令执行死刑的州,会使经选举产生的官员或政治精英对执行死刑的热情衰减。同时,它也在特定的州强化了反对执行死刑的程度”。<sup>[28]</sup>

Zimring教授的上述观点恰恰在新泽西州得到了很好的说明。在长达45年没有执行一例死刑之后,2007年12月17日,新泽西州正式废除了死刑并代之以不可假释的终身监禁。应当说,除了长期不执行死刑的历史之外,新泽西州能够将死刑废除,是一系列合力作用的结果。例如,该州拥有一个高度组织化和效率化的非营利倡导组织即新泽西人死刑替代措施组织(NJADP),NJADP长年坚持不懈地推动在新泽西州废除死刑;新泽西州差不多近40%的人都信奉天主教,州内外天主教堂反对死刑的观点,对该州废除死刑的论战也产生了重大影响;2007年5月,新泽西州被告人Byron Halsey经由DNA鉴定被免除了罪行,而指控他的控方主要证人才是真正的罪犯,这一错案引起全州的广泛关注;新泽西州长期陷入财政困难,而根据有关研究报告,每一例死刑将会耗费几百万美元;新泽西州犯罪率近年来持续

[26] 这些组织包括美国律师协会、大赦国际、联合国人权委员会和美国公民自由联盟等,可谓声名显赫。

[27] 该州恢复死刑后,被无罪释放的死囚有13人,而被执行的死囚为12人。参见:<http://archives.cnn.com/2000/US/01/31/illinois.executions.02/>。

[28] Franklin E. Zimring, *The Contradictions of American Capital Punishment*, Oxford University Press, 2003, p. 87.