

中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

XINGFA

PINGLUN

刑法评论

第8卷

赵秉志/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

刑法评论

第8卷

赵秉志/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论·第8卷/赵秉志主编. —北京:
法律出版社, 2005.

ISBN 7-5036-5928-9

I. 刑… II. 赵… III. 刑法—研究—丛刊
IV. D914.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 042952 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐雨衡

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11 字数/315 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2005 年 12 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5928-9/D·5645 定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

顾 问 高铭暄 马克昌 王作富 储槐植
编辑委员会主任 赵秉志
编辑委员会委员 (以姓氏音序为序)
陈明华 陈兴良 胡云腾 姜 伟
郎 胜 李希慧 刘宪权 阮齐林
吴振兴 张 军

主 编 赵秉志
副 主 编 张 军 陈兴良
执 行 编 辑 刘志伟

目
录

死刑聚焦

- 中国死刑的立法控制 高铭暄 / 1
- 死刑政策、死刑立法与死刑观念 周道鸾 / 12
- 中国死刑的轨迹 高绍先 高 飞 / 25
- 限制死刑的理性思考
- 以 100 例死刑案件为视角 吴大华 王 飞 / 40
- 限制死刑适用的司法途径
- 对内地某中等城市死刑裁量的考察分析 王利荣 / 63
- 死刑适用与民意 卢建平 / 78
- 论中国死刑核准制度的改革 赵秉志 时延安 / 91
- 关于死刑的思考
- [德] 汉斯·约阿希姆·希尔施 著 冯 军 译 / 111
- 欧洲区域国际法在欧洲废除死刑中的作用
- 赵海峰 宋健强 / 128
- 日本死刑制度的现状与我国死刑制度的展望 刘明祥 / 147
- 俄罗斯废除死刑的历史路径与现实对策 赵 微 / 162
- 国际人权法视野下的我国死刑立法现状考察 苏彩霞 / 172

学术前沿

- 刑法机制论要 储槐植 / 205

专题论坛

- 转型时期的中国刑事司法及其他重要法律问题
- 一个关注中国法治进步的美国学者的思考
- [美] Jerome A. Cohen 著 王秀梅 译 / 214
- 西方刑罚发展态势与我国刑罚结构研究 游 伟 谢锡美 / 224

抽象的危险犯、具体的危险犯与未遂犯 郑军男/256

域外法治

法人处罚 [日]川崎友巳 著 冯 军 译/272

刑法学者

刘家琛教授 万云峰/284

张 穹教授 韩晓峰/294

新书介评

行政刑法学基本原理的体系性阐述
——评《行政刑法学导论》一书 苏惠渔/306

动态与信息

积极开拓刑法学研究事业

——在中国法学会繁荣法学研究工作会议上的
交流发言 赵秉志/311

全国首家刑事法律科学研究院在北京师范大学隆重成立 艾 见/322

附:在北京师范大学刑事法律科学研究院成立
酒会上的致辞 史培军/324

为国家刑事法学事业再创辉煌
——在“北京师范大学刑事法律科学研究院成立
酒会”上的致辞 赵秉志/326

在刑事法律科学研究院成立酒会上的发言 高铭暄/329

积极拓展学术交流,着力贯彻国际标准

——北京师范大学刑事法律科学研究院
赴加刑事法考察团学术交流访问综述 秉 直 剑 锋/331

全国首家刑事法律科学研究院隆重举行聘任仪式 剑 锋/344

死刑聚焦

中国死刑的立法控制

高铭暄*

近年来,死刑的问题再次引起了中国刑法学界有识之士的关注。中国刑法学界对死刑的问题从实体和程序两方面展开过多次研讨,这些研讨深化了人们的认识,取得了令海内外瞩目的进展。目前,中国学者乃至高层次的实务专家较为一致地认为,对于像中国这样有 13 亿人口、56 个民族的大国,采取渐进的方式,有步骤、分阶段地废止死刑,比采取激进的方式立即全面废止死刑,更为务实、稳妥。这一共识同时也说明,在中国现阶段乃至以后相当长的时间里,着力减少、限制死刑的适用,仍将是中国刑罚制度改革的重要课题。本文即围绕中国刑法总则对死刑的控制性规定展开研讨,并就相关立法之改进作一初探。

一、死刑之适用对象

关于死刑的适用对象,中国的刑法立法曾经有过一些变化,通过这些变化,不难发现立法者对限制、减少死刑的适用所作的努力。

(一)死刑适用之积极条件

根据 1979 年刑法典第 43 条第 1 款规定,死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子。这是 1979 年刑法典从罪行的严重程度对死刑的适用对象所作的限制。

* 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘顾问教授、博士生导师,中国人民大学荣誉教授暨法学院教授,中国法学会刑法学研究会名誉会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

然而,经过实践检验,何谓“罪大恶极”,其含义并不明确,而且也不规范,因此,为了规范刑法用语,最大限度地限制死刑之适用,中国1997年刑法典第48条第1款用“罪行极其严重”替换了1979年刑法典中的“罪大恶极”。

对于这一修改,中国刑法学界的看法并不一致。有的学者认为,这一修改的实质意义并不大,从某种角度讲,还不如原来规定的“罪大恶极”那样明确和大众化。^①更有学者进一步指出,“罪行极其严重”强调的就是犯罪行为的客观方面。“罪行”也就是指犯罪行为,落脚点是行为,而行为是犯罪客观方面的内容。因此,“罪行极其严重”这一规定给我们的感觉是它重视的是客观行为及其实害,忽视或者说并不强调行为人的主观恶性。将“罪行极其严重”解释为包括主、客观两方面的内容似乎有些牵强。^②

笔者认为,这些说法值得商榷。因为,所谓“罪行”即意味着行为已经构成犯罪,而犯罪是一个主客观相统一的范畴,所以,认为“罪行”是一个纯客观的概念是说不通的。

那么,究竟如何理解“罪行极其严重”呢?其实,如果将中国1997年刑法典的这一修改与1998年中国签署的《公民权利和政治权利国际公约》的相关规定加以对比,不难发现二者之间的一致性,这种一致性为我们以某些国际公约的规定来确定“罪行极其严重”之内涵提供了可能性。

根据《公民权利和政治权利国际公约》第6条第2款规定,在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚。何谓“最严重的罪行”,按照《保证面临死刑者权利的保护的保障措施》(联合国经济与社会理事会1984年5月25日第1984/50号决议)所限定的标准,是指有致死或者其他极其严重之后果的故意犯罪。

参考以上标准,笔者认为,中国刑法中作为死刑适用之积极条件的

^① 黄庭生:“新刑法中的死刑规定”,载丁慕英等主编:《刑法实施中的重点难点问题研究》,法律出版社1998年版,第495页。

^② 张文、刘艳红:“《公民权利和政治权利国际公约》对中国死刑立法的影响”,载《中国青年政治学院学报》2000年第2期。

“罪行极其严重”可以从主观和客观两个方面加以考察。首先,从主观方面看,极其严重的罪行意味着行为人所实施的都是性质特别严重的故意犯罪,如故意杀人罪、绑架罪、抢劫罪等。如果犯罪的性质不够严重,如过失犯罪,即使客观上造成了极其严重的后果,也不能认为是极其严重的罪行。其次,极其严重的罪行意味着行为所造成的危害后果特别严重,即行为造成了他人死亡的结果,以及与此相当或相近的其他后果。总之,只有将犯罪性质和危害后果综合起来加以评价,才能得出罪行是否极其严重的恰当结论。

根据刑法的规定,死刑只能适用于罪行极其严重的犯罪分子。但由此并不能说,罪行极其严重的犯罪分子都应适用死刑。这是因为:

首先,死刑的适用要坚持罪刑法定原则。中国刑法对哪些犯罪具备什么样的条件才可以或应当适用死刑都有明确的规定,在具体适用死刑时,必须严格按照这些规定,只有行为符合死刑条件的,才能适用死刑。

其次,要满足罪责刑相适应原则的要求。一般来说,罪行极其严重,即意味着刑事责任也极其严重。但这也不是绝对的,因为,影响刑事责任程度的因素除了罪行外,还包括罪前、罪中以及罪后等一切反映行为人人身危险性的其他因素。这些因素对行为人的刑事责任程度高低起着微调作用。中国现行刑法典第5条也规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这一规定说明,对犯罪分子所判的刑罚,不仅要与其罪行相适应,而且也应与其刑事责任程度相适应。死刑的适用也要遵循罪责刑相适应原则的要求,即只有在犯罪分子所犯罪行极其严重,应负极其严重的刑事责任时,才能对其适用死刑。

最后,刑法对适用死刑的对象做了排除性规定,如,对犯罪时不满18周岁以及审判的时候怀孕的妇女,不得适用死刑。所以,对符合这些规定的犯罪分子,即便其所犯罪行极其严重,应负极其严重的刑事责任,也不得适用死刑。

(二)死刑适用之消极条件

如果说“罪行极其严重”从肯定方面大致框定了死刑之适用范围,那么,对未成年人及孕妇禁止适用死刑则从消极方面限制了死刑的范围。

1. 对未成年人绝对禁止适用死刑

对于未成年犯是否绝对禁止适用死刑,中国的刑法立法先后发生过很大的变化。1979年刑法典第44条前段规定:“犯罪的时候不满十八周岁的人不适用死刑。”但该条后段又规定:“已满十六周岁不满十八周岁的,如果所犯罪行特别严重,可以判处死刑缓期二年执行。”按照后段的规定,实际上对不满18周岁的未成年犯仍可适用死刑,因为死刑缓期执行与死刑立即执行都属于死刑这个刑种的范畴。针对这种立法缺陷,刑法学界不少学者主张,删除1979年刑法典第44条后段的规定,这一建议为1997年刑法典所采纳。根据1997年刑法典第49条的规定,对于犯罪时不满18周岁的,不适用死刑。可见,对于未成年犯年龄的判断基点是“犯罪时”,即实施刑法所禁止的危害行为时不满18周岁的,不得适用死刑;“不适用死刑”即意味着,对犯罪的未成年人既不能适用死刑立即执行,也不能适用死刑缓期执行。

为什么对未成年犯不应适用死刑呢?笔者认为,这主要是由未成年犯的身心特点及立法者对死刑的态度所决定的。中国刑法的死刑适用是以确有适用的必要为前提的,即死刑只能适用于罪行极其严重、不堪改造的犯罪分子。如果犯罪人的罪行不是极端严重,并且尚有改过自新可能性的,我们的一贯立场是在惩罚的前提下给予出路,允许其思想在是与非、正确与错误的交锋下选择正确的道路,也即给予其痛改前非、重新做人的机会。就犯罪的未成年人而言,尽管他们是害人者,但同时也是受害者。由于未成年人的生理和心智与成年人相比,还很不成熟,他们的辨别是非能力和自控能力还不十分完备,如果他们没有受到足够良好的教育,具备必要的品行和素质,就很容易接受客观外界诸多不利因素的负面影响而走上危害社会的道路。对此,立法者不能不予以充分考虑。根据刑事责任能力影响行为入刑事责任的原理,在同等条件下,未成年犯的刑事责任理应轻于成年犯的刑事责任。中国现行刑法典第17条第3款规定,对未成年人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。依据该规定,对未成年犯就不可能适用死刑。同时,未成年人具有很强的可塑性,而这一特点也正好说明,他们即使犯了罪也尚未步入不堪改造的不归路,刑法立法也应当给他们以出路。

事实上,一些国际性的法律对未成年犯的刑事处遇也做了较为明

确的规定。例如,联合国《公民权利和政治权利国际公约》第6条规定,对不满18岁的人所犯的罪,不得判处死刑。联合国《儿童权利公约》第37条也重申了这一立场:缔约国应确保对未满18岁的人所犯罪行不得判以死刑。^①无疑,联合国的上述规定在世界范围内掀起了未成年人基本权利保护的运动,而中国刑法对未成年犯不适用死刑的规定,既表明了我们对于国际性理念和立场的尊重与回应,而且在一定程度上讲,也为在国际范围内讨论死刑立法问题建构了一定限度的平台,从而有利于国际的交流、沟通与合作。

2. 对审判时怀孕的妇女排除死刑之适用

基于罪责自负和刑法人道主义的要求,世界上保留死刑的国家和地区中一般都将审判时怀孕的妇女排除在死刑适用的范围之外。中国刑法也坚持了这一立场,1997年刑法典第49条规定,对于审判的时候怀孕的妇女,不得适用死刑。

如何理解这一规定呢?综合有关的司法解释,笔者认为,需要从以下三个方面来把握:首先,须是怀孕的妇女,包括符合计划生育政策而怀孕的妇女,也包括计划外怀孕的妇女。其次,必须是审判时怀孕的妇女。为了最大限度地控制死刑的适用,最高人民法院的有关司法解释对这一规定作了扩张解释,即所谓“审判的时候怀孕的妇女”,还包括以下两种情形:一是对案件起诉到人民法院之前,被告人在羁押期间做人工流产的;二是怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产,又因同一事实被起诉、交付审判的。可见,司法解释从两个方面扩大了“审判的时候怀孕的妇女”的范围:一是扩大了“审判的时候”的时间范围,即“审判的时候”不仅包括人民法院审理案件的期间,而且还包括案件起诉到人民法院以前的羁押期间。二是扩大了“怀孕”的范围,即怀孕不仅包括妇女正在怀孕,而且也包括在羁押期间怀孕但因自然流产或者人工流

^① 《公民权利和政治权利国际公约》和《儿童权利公约》,参见程味秋等编:《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》,中国法制出版社2000年版。

产而在审理时没有怀孕的情况。^①最后,不适用死刑。所谓“不适用死刑”,是指对审判的时候怀孕的妇女,既不允许判处死刑立即执行,也不允许判处死刑缓期二年执行,更不允许等分娩以后再判处死刑或执行死刑。

二、死刑缓期执行制度

死刑缓期执行制度(简称死缓)是中国的独创,日本在修改刑法中,曾试图借鉴这一制度,将死缓作为死刑的替代刑。^②这说明,保留死刑的国家都尽可能在立法上努力减少死刑的最终适用。从中国的司法实践看,死刑缓期执行制度得到了很好地贯彻,对于控制死刑的实际执行具有重要的意义。

(一)死刑缓期执行的适用条件

中国现行刑法典第48条第1款规定,对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。据此,死缓的适用必须具备以下两个条件:

第一,前提条件:罪该处死。所谓“罪该处死”,如前所述,意味着行为人所犯的罪行极其严重,负有极其严重的刑事责任,依法应当处以死刑。如果行为人所犯之罪不当诛,也就失去了适用死缓的前提。

第二,实质条件:不是必须立即执行。何谓“不是必须立即执行”,在中国刑法学界有以下三种代表性的见解:一种观点认为,是否必须立即执行,必须以社会危害性大小来判断。即使是“罪行极其严重”的犯罪,其社会危害性也存在一个区间,在这个区间的下限是有标准可循的,只要犯罪的社会危害性达到其下限标准就可以判处死刑,但是在这个下限的上面,仍存在一个无限大的空间,而适用死缓的犯罪,就是那些社会危害性刚好达到这一下限或者超过这一下限不远的犯罪。对于

① 李希慧:“死刑限制的新视野——基于解释论的思考”,载陈兴良、胡云腾主编:《中国刑法学年会文集(2004年度)第一卷:死刑问题研究》(上册),中国人民公安大学出版社2004年版,第428页。

② 高铭喧主编:《新编中国刑法学》(上册),中国人民大学出版社1998年版,第335页。

适用死刑立即执行的,一般应是社会危害性远远超过这一下限的犯罪。^① 另一种观点认为,是否“不是必须立即执行”,可以从以下四个方面理解:其一,犯罪危害虽十分严重,但犯罪人主观恶性不很大,即“罪很大,恶未极”;其二,主观恶性极深,客观危害不是很大的,即“恶已极,罪不很大”;其三,“罪也大,恶也极”,但民愤不是很大,或者这类犯罪是罕见的个别情况,不是非处死不能达到个别预防或一般预防的刑罚目的;其四,具有较多的可以从轻情节,或者相对强性情节小于相对弱性情节,或者或然性从轻情节大于从重情节。^② 还有一种观点认为,是否“不是必须立即执行”,应从两个方面来理解,即如果不立即执行死刑,则无法控制该重大犯罪人对社会造成新的危害;如果不立即执行死刑则可能引起社会震荡。两者居其一,就应适用死刑立即执行;反之,不具有这两个条件者应适用死缓。^③

笔者认为,第一种观点以社会危害性大小为标准来判断是否必须立即执行,从逻辑上看有合理之处,但可操作性不强。第二种观点具有明显的缺陷,因为“罪很大,恶未极”以及“恶已极,罪不很大”这两种情况显然不能认为是“罪行极其严重”,故不能适用死刑,自然也就不能适用死缓了。相比之下,第三种观点以刑罚的目的为视角,对死刑立即执行的情形做了极为严格的限制,放宽了死缓适用的实质条件,这对于限制死刑的实际执行具有积极的意义,符合中国严格限制死刑适用的政策要求,为我们确立具体的实践标准提供了正确的思路,是可取的。

笔者认为,在犯罪人罪该处死情况下,如有以下几种情形之一的,应考虑适用死缓:第一,犯罪行为不是最严重地侵害国家或人民利益,人身危险性不是特别严重的;^④ 第二,犯罪分子有自首或者立功情节的;第三,被害人也有一定过错的;第四,在共同犯罪中不是起最主要作用的;^⑤ 第五,属于值得保存的“活证据”,从而有可能破获其他重大案

① 胡云腾:《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第235页。

② 仵作俊:《死刑限制论》,武汉大学出版社2001年版,第288页。

③ 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第122页以下。

④ 马克昌:“论死刑缓期执行”,载《中国法学》1999年第2期。

⑤ 高铭喧:《刑法肄言》,法律出版社2004年版,第469页。

件或可以用做犯罪学或犯罪心理学研究的“活材料”的;第六,基于维护社会秩序,对因土地、山林等边界或民事纠纷引起的犯罪,不适用死刑立即执行,有助于化解矛盾、促进和睦,避免冤冤相报的;第七,民愤不大,不杀不会引起社会震荡和局部动乱的;^①第八,出于国家政治、外交、统战、重大科研等特殊需要的。^②

(二)死刑缓期执行的法律后果

中国1979年刑法典第46条规定,判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果确有悔改,二年期满以后,减为无期徒刑;如果确有悔改并有立功表现,二年期满以后,减为15年以上20年以下有期徒刑;如果抗拒改造情节恶劣、查证属实的,由最高人民法院裁定或者核准,执行死刑。对于这一规定,不少学者认为,其缺陷有二:第一,何谓“抗拒改造情节恶劣”,其含义不清,实务界的认识极不一致;第二,对于既无悔改或立功表现又无“抗拒改造情节恶劣”表现的罪犯如何处理,未有明文规定。在对死缓期间罪犯之表现情形的逻辑分类上,该条分为“确有悔改”与“确有悔改并有立功表现”两种表现“好”、表现“更好”的情形,以及“抗拒改造情节恶劣的”这种表现“很坏”的情形。显而易见,罪犯在死缓执行期间的表现除此之外,还有一种介于“确有悔改”和“抗拒改造情节恶劣”之间的(不“好”也不是“很坏”)的表现,即思想上虽不认罪悔罪,但抗拒改造也不明显,或者虽违反了监规但仍够不上情节恶劣的情形。对此如何处理,缺乏明文规定,实为立法的“空档”。^③

考虑到1979年刑法典规定存在的缺陷,1997年刑法典第50条做了相应的修改,即对于被判处死缓的犯罪分子有这样三种处理结局:第一,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,二年期满后,减为无期徒刑;第二,如果确有重大立功表现,二年期满后,减为15年以上20年以下有期徒刑;第三,如果故意犯罪,查证属实,由最高人民法院核准,执

① 王勇:“论死刑的限制适用——从死缓平台谈起”,载陈兴良、胡云腾主编:《中国刑法学年会文集(2004年度)第一卷:死刑问题研究》(上册),中国人民公安大学出版社2004年版,第749页。

② 高铭喧:《刑法肄言》,法律出版社2004年版,第469页。

③ 高铭喧主编:《刑法专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第551页。

行死刑。可见,本条以缓期执行期间是否故意犯罪作为对死缓犯执行死刑还是减刑的标准,放宽了死缓减刑的条件,大大地限制了死刑的实际执行。

总之,死缓制度是中国刑法立法和司法的伟大创举,从其适用条件及法律后果上看,对于减少、限制死刑的实际执行,是极其有效的。

三、死刑适用之程序限制

为了落实“坚持少杀、防止错杀”的政策,严格限制死刑的适用,中国先后颁布的两部刑法均规定:“死刑除依法由最高人民法院判决的以外,都应当报请最高人民法院核准。死刑缓期执行的,可以由高级人民法院判决或者核准。”死刑的复核程序对于限制死刑的适用具有特别的意义。这是因为,在中国,对于普通的刑事案件实行两审终审制,对于死刑案件,则必须经过特殊的复核程序。这说明,复核程序实际上是在一般的一审、二审程序之外,对死刑案件规定的特别监督程序。每一个判处死刑立即执行的案件,都要逐级上报最高人民法院核准,这样,客观上就大大地限制了死刑的数量,保证了死刑判决的准确性。

不过,为了适应同犯罪做斗争的需要,全国人大常委会1981年作出的《关于死刑案件核准问题的决定》曾下放了部分死罪的核准权。该《决定》规定:“在1981年至1983年内,对犯有杀人、抢劫、强奸、爆炸、放火、投毒、决水和破坏交通、电力等设备的罪行,由省、自治区、直辖市高级人民法院终审判决死刑的,或者中级人民法院一审判决死刑,被告人不上诉,经高级人民法院核准的,以及高级人民法院一审判决死刑,被告人不上诉的,都不必报最高人民法院核准。”从这个《决定》的内容来看,将死刑核准权下放给高级人民法院行使,似乎只是一种临时性的权宜之计,是在非常时期的一种非常举措。但是,后来的形势发展超出了原来的设想。1983年9月2日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》,该《决定》规定,死刑案件除由最高人民法院判决的以外,应当报请最高人民法院核准。杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权,最高人民法院在必要的时候,得授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。自此以后,作为临时性权宜之计的死刑核准权的部

分下放之规定演变成了“常法”。

1997年通过的新刑法重申了1979年刑法典第43条第2款的规定,但不久,最高人民法院又以通知的形式将死刑核准权继续予以下放。从司法实践看,死刑复核权大范围长期下放,具有较大的弊端,这主要体现在:由各个省、自治区、直辖市高级人民法院分别行使死刑复核权,难以统一死刑适用的标准,容易导致同罪不同罚现象的产生;死刑复核权的下放,实际上使死刑案件的二审程序与死刑复核程序合而为一,死刑复核流于形式,可能会对死刑案件的审理质量产生不良影响。鉴于死刑的严厉性和错杀的不可挽回性以及二元复核体制存在的弊端,最高人民法院正在研究落实收回死刑核准权问题。我们相信,死刑核准权的回收,对于死刑案件的审理质量、死刑标准的统一以及维护死刑判决的权威性和公正性,都具有极为重要的意义。

四、立法应进一步缩减死刑适用对象

为了更进一步减少死刑的实际适用,立法上应进一步缩减死刑的适用对象。笔者认为,以下两种人应考虑通过立法规定一定条件的途径排除死刑之适用。

(一)70周岁以上者

对于达到一定年龄的老人禁止适用死刑,中外立法例并不鲜见。中国西周时期即曾有“三赦三宥”之制,对于耄耋之人,虽有罪而不加刑。《唐律》也规定:诸年70以上、15岁以下,及废疾,犯流罪以下,收赎。80以上、10岁以下,及笃疾,犯杀人应死者,议拟奏闻,取自上裁;盗及伤人者,亦收赎,余皆勿论。90以上、7岁以下,虽有死罪,不加刑。^①唐律关于老年人犯罪之刑事责任的规定对以后朝代之立法影响很大,甚至成为定制。在现代刑法中,亦不乏这类规定。例如,中国台湾地区“刑法”第63条规定,满80岁人犯罪者,不得处死刑或无期徒刑,本刑为死刑或无期徒刑者,减轻其刑。俄罗斯在废止死刑前,曾在其刑法第59条第2款规定,对妇女、犯罪时不满18岁的人以及法院作

^① [清]薛允升:《唐明律合编》,李鸣、怀效锋点校,法律出版社1999年版,第52页。

出判决时已满 65 岁的男子,不得判处死刑。^①

事实上,耄耋之人,由于生理和心理因素的影响,其辨认和控制自己行为的能力都有不同程度的下降,其对社会的危险性相对较小,对其适用死刑难以达到刑罚的目的;况且,这类人犯罪之数量非常少,而且往往事出有因,对其不适用死刑,不会引起普遍的不满,反而容易获得群众的支持。因此,为了弘扬人道主义的精神,体现对老年人的特殊保护,中国应在刑法中明确规定对于一定年龄的老年人禁止适用死刑。结合中国的人口年龄结构及平均的预期寿命,可考虑将这一年龄确定在 70 周岁,即凡 70 周岁以上之老年人犯罪的,无论罪行多么严重,都不适用死刑。

(二)哺乳期的母亲

对哺乳期的母亲不适用死刑,是人道主义、罪责自负原则的必然要求,体现了对婴儿和母亲的特殊保护,因此,立足于中国基本的死刑政策,可考虑在立法上禁止对哺乳期的母亲适用死刑。参照有关的规定,哺乳期应当确定为自婴儿出生之日起满 1 周岁,即对处于这一时期的母亲,一律禁止适用死刑。^②

^① 《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,中国法制出版社 1996 年版。

^② 梁根林:“中国死刑控制十大论纲——立足于中国国情和国际潮流的系统设计”,载陈兴良、胡云腾主编:《中国刑法学年会文集(2004 年度)第一卷:死刑问题研究》(上册),中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 443 页。