



中国死刑适用的
民意拟制与
导入机制研究

李立丰◎著

上海三联书店

中国死刑适用的 民意拟制与 导入机制研究

李立伟 著

 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

中国死刑适用的民意拟制与导入机制研究/李立丰著. —上海:上海三联书店, 2020. 9

ISBN 978 - 7 - 5426 - 7075 - 5

I. ①中… II. ①李… III. ①死刑—法律适用—研究—中国
IV. ①D924.125

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 099132 号

中国死刑适用的民意拟制与导入机制研究

著 者 / 李立丰

责任编辑 / 郑秀艳

装帧设计 / 一本好书

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟 王凌霄

出版发行 / 上海三联书店

(200030)中国上海市漕溪北路 331 号 A 座 6 楼

邮购电话 / 021 - 22895540

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2020 年 9 月第 1 版

印 次 / 2020 年 9 月第 1 次印刷

开 本 / 710 × 1000 1/16

字 数 / 400 千字

印 张 / 24

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5426 - 7075 - 5/D · 453

定 价 / 78.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021 - 66366565

渐行渐远,渐无书

当学术沦为职业(代序)

“学院生活是场疯狂的赌博。”^①

入市：学者的宿命

学者，首先是作为人存在的。

人，需要生存。特别是在这样一个什么都可以用金钱购买的年代。于是，固守某种清念潜心研究，似乎成为一种奢望。学者需要学会如何在这样一个崇尚交换的社会生存，别无选择。

这个世界，越来越像一个大“市场”。

不管多么扭捏和惆怅，学者，和这个世界的其他人一样，彻底投身于这个无比庞大的交易体系，将自己作为商品，通过某种形式的价值体系进行评估和兜售，从而换取生存所需的资源。

无比简单，无比现实。

游戏，似乎从开始就注定了要沿着这种规则进行，没有例外。在这个意义上，学者(姑且假定存在这样的群体)和其他人一样，从步入社会的那一刻开始，就注定了要面对这铁一般的戒律。

于是，入世，或者更为直白一些，入市，就成为每个人的宿命。无论是，抑或不是学者。

^① [德] 马克斯·韦伯：《入世修行：马克斯·韦伯脱魔世界理性集》，王容芬、陈维纲译，天津：天津人民出版社 2007 年版，第 11 页。

贩卖自己：以学术的名义

其实学者是可悲的。

和性工作者一样，学者除了自己，一无所有。

在残酷的生存压力面前，如何更好地贩卖自己，就成了学者更好生存的不二法门。既然入市，既然是一种职业，学者自然需要兜售学问。不卖学问、敝帚自珍的自是极少。偶有几位特立独行的学人，最终也不免被招安的命运。

或许对什么是职业，有种种抑或高尚、抑或低俗的解读。^①但无法否认职业与安身立命之间的密接与关联。虽然职业不能完全与生计等同，但二者实质无异。从这个意义上而言，贩卖自己，更具体来说，贩卖自己的思想或者理念，就成为学者的职业。

学者的职业是学术，学术的目的或许有很多，但其中肯定包括相当程度现实意义的考量。因此，从宏观上认为学术已经成为学者与各种欲念满足之间的纽带，并不为过。

现实面前，学术或许永远都将不再会是学者的存在理由和终极理想，相反，仅仅沦为一种谋生的手段。

人性当中有很强烈的比较情结。

商品社会中交易的基本前提，就是不同商品的存在性与可比较性。现代社会的一大弊端，就是为人类这种与生俱来的比较欲念提供即时、全面的信息支持，包括学者在内的每个人，每时每刻都在自愿或者不自愿地比较，以及被比较着。

于是，在商品经济社会的场域中，人性与现实，特别是个人能力的有限性与丛林法则的普适性，诡异而完美地结合起来。

“不学有术”：学术职业化的今生与来世

作为一个人群存在的学者，身上最后一丝所谓尊严，已被学术的职业化毫无

^① 表面上看，办公室里的人要更高贵一些，幸运一些，但这只是假象。实际上，人们更孤独，更不幸。事情就是这样，智力劳动把人退出了人的群体。参见[德]卡夫卡：《卡夫卡口述》，赵登荣译，上海：上海三联书店2009年版，第5页。

温情地扯去。

生存面前,人人平等。

职业化本无可厚非。问题在于,直到今天,中国的学术职业化,几乎没有任何行之有效的游戏规则。

选择学术作为职业的人会发现,自己仿佛被置身于一个蛮荒时代的角斗场。生存便是一切,没有规则就是唯一的规则。

这是一道何等奇异的风景?!

似乎多见的是“学”与“术”的渐行渐远,更似乎昌明地已不再是“学”,“术”却愈发地大行其道起来。

学术的职业化很难说是学术的悲哀,或许,只是我们对学术有过些不切实际的奢望而已。^①

^① “图书市场上有一件怪事,别的商品基本上是按质论价,唯有图书不是。同样厚薄的书,不管里面装的是垃圾还是金子,价钱都差不多。”参见[德]叔本华:《醒客悦读:悲喜人生(叔本华论说文集)》,范进等译,天津:天津人民出版社2007年版,总序。

前 言

一直以来,死刑都是刑事法理论与实务界关注的热点问题,并由此催生出一系列专题研究。但另一方面,既有研究或者跳脱死刑的立法、司法实际,纠结于死刑存废这一应然问题;或者从实然角度出发,却将死刑厘定与适用孤立起来,仅从刑法视阈加以考察,忽视死刑适用的文化、社会与政治语境,从而无法从根本上解释、解决以“民意”为典型代表的超法规因素对于死刑的影响。

以“李昌奎案”为例,如果单纯依据法律,李案原判以及云南高院最初的态度并无实质错误。那么,究竟是什么使得社会公众公开质疑、反对云南高院的判决?究竟又是什么,使得云南高院改变初衷,重启本案的审理?能否在法院所认定的案件事实并没有发生实质性改变的情况下,仅仅通过“是否应该执行死刑”这种简单说理,回应民众的质疑?^①

如果要回答这个问题,就不能不提及与李案同时审结,被称之为新世纪的“辛普森案”的凯西·安东尼(Casey Anthony)杀女案。和李昌奎案类似,本案的犯罪事实十分令人发指,据美国权威民调机构的调查,包括被告人父母在内65%以上的美国人都认定其有罪,当审理本案的陪审团最终做出被告无罪的判决时,美国也是举国哗然。但和李案不同,“凯西·安东尼案”的审理结果并未受到舆论或者所谓民意的影响,美国检方、法院都没有启动任何救济机制。换句话说,同样是面对公众对于司法活动的质疑,中国与美国司法机关的态度是不同的,更为重要的是,我们需要进一步追问,是什么,导致了我国司法机关在面对民意压力时无法维持具有合法性的判决?是什么,导致了美国司法机关可以在巨大的民意压力下做出与民意存在明显冲突的判决并坚持到底?

^① 参见徐光华:《个案类型特征视阈下的刑事司法与民意——以2005至2014年130个影响性刑事案件为研究范本》,载《法律科学》2015年第5期,第30页。

这个问题的答案,在很大程度上取决于下列变量之间此消彼长的博弈过程。

首先,案件审理的法律效果与社会效果。

长期以来,我国的刑事司法工作,都尝试追求案件审理的法律效果与社会效果。例如备受关注和争议的“许霆案”发生后,就有全国人大代表在批判法院对于此案的定性时表示,被告人虽然理应定罪判刑,但案件的处理,“应该综合考虑法律效果和社会效果。”^①无论对二者关系做何种界定区分,不可否认的是,这一问题在我国不仅仅长期存在,而且还一度本末倒置。例如,“文革”结束之后的很长一段时间,我国都习惯于通过全国人民代表大会常务委员会制定单行刑法的方式,对社会反响强烈的所谓流氓犯罪,或其他严重危害社会治安的犯罪加重法定刑,同时大量增设死刑,希望通过所谓“严打”的方式,满足社会民众对于社会秩序的需求,持续20多年3次全国“严打”运动,即1983年的第1次“严打”、1996年的第2次“严打”以及2001年的第3次“严打”。^②历次严打,虽然侧重点各异,但基本上都是在法律效果与社会效果中做出了非此即彼,同时倾向于后者的政策选择。这种存在着牺牲法治精神的运动式执法,具有广泛的民意基础,得到绝大多数社会公众的普遍支持,同时能够起到立竿见影的打击效果,但随着时代的进步,包括大量适用死刑在内的严打等运动式执法其所具有的弊端开始逐渐凸显,遭遇国内外各界的质疑,最终走进历史的终结。以2005年中共中央提出“宽严相济”刑事政策为分水岭,我国刑事案件审理偏严偏重、死刑适用过多过滥的局面有所改观。特别是最高人民法院于2007年1月1日正式统一收回死刑复核权后,“保留死刑,严格控制死刑”成为我国刑事司法中坚持的基本死刑政策。^③但这种刑事政策的转变,也仅仅实现了宏观刑事政策的理性回归,绝不意味着个案的判决,就可以随之实现法律效果与社会效果的完美平衡。在像“李昌奎案”这样的死刑案件中,为了追求上述平衡,法官面临来自各方面的巨大压力,需要应对包括受害人家属在内的社会各方面理性或者非理性、体制内或者体制外的压力甚至纠缠、批判乃至责骂。在目前的体制下,个案的法官还需要负责处理相关方信访甚至闹访的压力。为了解决这一问题,最高人民法院于2010年9

① 张景华:《“许霆案”期待突破法律困惑获取法律和社会效果俱佳判决》,载《光明日报》2008年3月31日第009版。

② 参见陈兴良:《“刑罚世轻世重”是符合司法规律的用刑之道》,载《检察日报》2008年5月15日第001版。

③ 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》的通知(法发[2007]11号)。

月,公布了《人民法院量刑指导意见(试行)》,以期规范法官的自由裁量权,避免司法腐败与司法不公,特别是“同案不同判”的问题,提高司法公信力,减少涉诉信访等民意反弹与不满现象。但是,量刑规范化不能彻底解决案件审理的法律效果与社会效果之间存在的必然矛盾,毕竟,刑事案件中如何适用酌定情节这种无法量化的量刑依据,一直都是无法解决的司法难题。在这个意义上,才有人提出“法官在接受量刑规范化理念的同时,必须充分关注涉案民意,并且具备甄别合理民意与非合理民意的能力,将合理民意纳入考虑范围。”^①这种观点正确地认识到法官在量刑时应当考量民意的基本方向,但同时,又窠臼于传统的实体法话语,将所有希望都寄托到本已不堪重负的职业法官身上,显然有如缘木求鱼。事实上,只有通过制度化建构刑事案件中的民意拟制与表达机制,才能最大限度将民意引入包括死刑案件在内的重大刑事案件,以期追求案件法律效果与社会效果的最大统一。

其次,民意的司法拟制与司法导入机制。

毋庸讳言,民意拟制与表达机制的存在与否决定了中美司法机关在面对舆论或所谓民意时的不同品格。恰恰是这一机制的缺失,导致我国死刑案件审理陷入一种尴尬的两难境地,如果一味遵从民意,不仅会导致出现“民意绑架司法”的情况,还会给法官擅断、司法腐败留下借口;如果以司法独立为理由排斥案件审理结果与民意预期之间的契合,势必影响社会和谐、甚至从根本上动摇刑事司法的合法性地位。从这个意义上,研究如何在控制改革成本的前提下,建构死刑案件中民意的有效拟制与表达机制,将体制外的超法规因素转化为体制内的法定程序,相较于既有死刑问题研究,无疑更具现实意义,更具可操作性。

之所以如此强调民意的司法拟制与司法导入机制,是因为其具有充分的理论基础与现实需要。从理论上讲,司法的剧场化效应,在一个日益变得“透明”的信息社会中,日益凸显。任何人都可以,也同时得以对任何案件的司法判决过程、理由、效果等进行评判。在这个意义上,“公民对司法判决不是‘接受与否’的描述性状态,而是‘可否接受’的评判性状态。”^②在这个意义上,案件判决结果的“可接受性”,就变得异常重要起来。所谓“可接受性”,绝非迫于法律外在强制的一种不得不的被动接受,而是基于个体自觉认知与理性判断后的一种积极尊重

^① 万志鹏:《量刑中民意的正当性及其判断》,载《天津法学》2011年第1期,第11页。

^② 聂长建:《“说者”与“听者”角色转换——司法判决可接受性的程序性思考》,载《政法论坛》2011年第2期,第123页。

与遵守。一项司法判决只有具有“可接受性”，才能因此获得必要的正当性，同时也才能获得社会的普遍认同与遵守。从司法制度建构的角度来看，只有实现“同类人”审判，才能最大化实现司法判决的“可接受性”。根据马克思主义经典作家的论述，审理涉及权利义务关系的司法案件的权力，应当由人民直接掌握。“人民的代表理解人民的需求，人民的代表也能够考虑人民的整体利益，只有这样的审判人员，才可望公正地解决具体案件。”^①也正是在这个前提基础上，我国的司法机关，才被冠以“人民法院”的称谓。同时，近20年来，我国还在此基础上，积极探索人民直接参与案件审理的人民陪审制度，并进行了一系列制度设计与完善。例如，2004年全国人大常委会通过了《关于完善人民陪审员制度的决定》，正式启动了具有中国特色的人民陪审员制度建构。在此基础上，为了解决人民陪审员“陪而不审、审而不议”、陪审员选任精英化、常任化等异化现象，2014年中国启动了新一轮的人民陪审员制度改革。中国共产党18届3中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确提出了“广泛实行人民陪审员、人民监督员制度，拓宽人民群众有序参与司法渠道”。后来，这一制度又在中国共产党18届4中全会《关于全面推进依法治国若干问题的决定》的指导下，通过《人民陪审员制度改革试点方案》和《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》进行了试点探索，并最终于2018年通过了《中华人民共和国人民陪审员法》。

《人民陪审员法》在保留了传统的法官、人民陪审员同职同权的3人合议庭模式之外，创设了4名陪审员加3名法官的相对分权的7人合议庭模式。后者除了在事实认定与法律适用的职权存在分工之外，还在适用范围上相对限缩，即仅适用于“可能判处10年有期徒刑以上刑罚且社会影响重大的刑事案件，公益的民事或行政诉讼案件，或者涉及征地拆迁、生态环境保护、食品药品安全且社会影响重大的案件”^②。随之而来的问题，就变成了根据我国刚刚制定的《人民陪审员法》，能否通过7人合议庭的民意拟制与导入机制，解决长期困扰我国死刑适用的瓶颈问题。

笔者认为，在很大程度上，《人民陪审员法》的相关规定，并未，也无法从根本上解决围绕死刑适用的巨大社会分歧。因此，仅仅为我们提供了一个可供讨论

① 胡玉鸿：《“人民的法院”与陪审制度——经典作家眼中的司法民主》，载《政法论坛》2005年第1期，第147页。

② 参见《人民陪审员法》第16条相关规定。

的对话文本与评价对象而已。一方面,我国目前处于多重转型期,经济、文化、社会、政治、法律等社会因素矛盾凸出,新旧体制的冲突、对抗加剧,很难寻求在传统乡土社会中并不罕见的地区乃至全社会共识。如何在日益多元化的中国社会,通过制度建构的方式,在死刑等矛盾凸出的敏感问题上寻求共识,“把非正式的讨价还价变成合乎公正程序的辩论协商,把用儒家伦理语言展开的议论变成用法言法语展开论证,把主体之间纯属偶然的诉讼博弈变成在法律职业协助下操作的技术性博弈”^①,将引发学界争议的“以社会和人民群众的感觉为依据”^②通过制度有效化解,如何从司法民主的先进国家,如日本、美国的裁判员制度及陪审制度中汲取经验及教训,就成为一个迫切需要解决的现实问题。

① 季卫东:《宪政新论》,北京:北京大学出版社2002年,第87页。

② 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期,第93页。

目 录

当学术沦为职业(代序) / 1

前言 / 1

第一章 中国死刑适用的现实困境 / 1

第一节 中国死刑适用的存而不废 / 1

一、中国刑罚体系对于死刑的制度依赖 / 1

二、中国民众对于死刑的心理依赖 / 3

三、中国死刑缓期执行制度的先天不足 / 5

第二节 死刑替代措施的制度缺位 / 7

一、死刑与“替代刑” / 8

二、“终身刑”与死刑废止 / 12

三、“终身刑”与刑罚根据 / 18

第三节 小结 / 24

第二章 中国死刑适用机制困境的多重归因 / 25

第一节 中国死刑适用过程中的精英化倾向 / 26

一、中国死刑适用过程中的泛精英化的成因 / 26

二、中国死刑适用过程中的泛精英化的表象 / 30

三、中国死刑适用过程中的泛精英化的影响 / 33

第二节 死刑与认罪认罚程序的悖论 / 35

一、司法改革语境下中国刑事司法面临的真正根本问题 / 36

二、刑事司法“繁简分流”制度改革弊大于利 / 40

三、“认罪认罚从宽”应理解为新形势下中国刑事司法的政策重述 / 44

第三节 小结 / 48

第三章 中国死刑适用的完善前提 / 49

第一节 司法审查制度的批判反思 / 50

- 一、在中国语境下讨论司法审查制度的必要性 / 50
- 二、美国司法审查制度的流变 / 52
- 三、美国司法审查的特征及基本适用范式 / 56
- 四、美国联邦最高法院司法审查过程中的“5比4原则” / 62
- 五、美国司法审查制度的存在前提与批判 / 67

第二节 网络表达权的刑事法规制 / 79

- 一、“网络表达权”的独立权属 / 81
- 二、“网络表达权”的刑法规制 / 87
- 三、“网络表达权”刑法规制的几点建议 / 93

第三节 小结 / 98

第四章 破解“司法独裁”的日本经验 / 99

第一节 “司法民主”与“司法独裁” / 99

- 一、民主语境下日本的司法独裁 / 99
- 二、司法民主是民主政治的逻辑结论 / 104
- 三、司法民主的可行性 / 108

第二节 日本的裁判员制度评述 / 117

- 一、裁判员制度的适用范围 / 118
- 二、裁判员的选任 / 128
- 三、裁判员裁判的程序 / 146
- 四、死刑的裁判员裁判 / 168

第三节 青少年死刑与裁判员裁判 / 175

- 一、刑事司法中的青少年保护主义 / 176
- 二、青少年死刑适用的合法性困境 / 180
- 三、裁判员制度下青少年的死刑适用 / 183

第四节 日本裁判员制度之评价 / 190

- 一、裁判员制度的功利主义考量 / 190

二、裁判员制度的不足 / 191	
三、裁判员的负担与权利保障 / 195	
四、裁判员制度的配套措施改革 / 197	
第五节 小结 / 200	
第五章 美国死刑适用中的陪审机制评解 / 202	
第一节 美国陪审制度评述 / 202	
一、美国宪法第六修正案的背景 / 202	
二、陪审团构成的变迁 / 203	
三、陪审团解决法律问题权利的废止 / 206	
四、法庭对于宪法第六修正案的 actual 废止 / 208	
第二节 美国的死刑适用 / 209	
一、美国死刑的适用现状 / 210	
二、美国死刑的适用程序 / 217	
三、美国死刑中的陪审团 / 235	
第三节 小结 / 240	
第六章 中国死刑适用民意拟制与导入机制批判 / 242	
第一节 中国刑事司法中的民意拟制与导入机制 / 244	
一、民意的拟制与操纵 / 244	
二、中国现行刑事司法语境下的民意表达 / 248	
三、建构重大刑事案件中民意的体制内拟制与导引 / 251	
第二节 中国死刑适用中民意拟制与表达的总体建构思路 / 259	
一、死刑适用过程中的 7 人大合议庭制度的应然走向 / 260	
二、死刑适用过程中的 7 人大合议庭制度的配套改革 / 262	
三、死刑适用过程中的 7 人大合议庭落实的制度 / 266	
第三节 小结 / 267	
第七章 中国死刑适用民意导入的实体法机制例说 / 268	
第一节 民意的司法导入与刑事解释范式改革 / 268	
一、审判员制度引进与刑法解释论的变化 / 269	

二、相关解释范式建议 / 272	
三、裁判员裁判制度背景下的刑法解释论纲 / 274	
第二节 人民陪审员制度改革语境下犯罪故意“要素分析”模式的澄清与适用 / 279	
一、问题的提出 / 280	
二、话语的澄清 / 285	
三、模式的建构 / 293	
第三节 小结 / 303	
第八章 中国死刑适用民意导入的程序法机制概说 / 304	
第一节 人民陪审员制度为中国司法活动提供合法性根据 / 304	
一、中国司法民主应以人民陪审员制度为表达机制 / 305	
二、人民陪审员制度象征性司法民主机能之合理表达 / 308	
第二节 员额制前提下司法民主化与司法专业化的制度兼容 / 310	
一、司法专业化语境下人民陪审员的异化倾向 / 311	
二、司法专业化语境下司法民主的兼容制度设计 / 313	
第三节 死刑适用中事实审与法律审分离模式的技术实现 / 316	
一、人民陪审员制度的限制性适用 / 317	
二、人民陪审员进行事实审理的程序设计 / 320	
第三节 小结 / 323	
第九章 结语 / 324	
参考文献 / 327	

第一章 中国死刑适用的现实困境

从现实层面来看,我国刑事立法与司法实际对于“死刑”,存在高度的“制度依赖”。这种依赖,一方面表现在死刑本身存而不废,另一方面表现在死刑替代措施的长期缺位。而正是这种制度依赖及其表现,使得我国的死刑适用,处于一种现实困境当中。

第一节 中国死刑适用的存而不废

一、中国刑罚体系对于死刑的制度依赖

中华人民共和国成立后,直到1979年刑法颁布,死刑罪名大致都维持在30个以下。但从1982年至1992年的10年之内,全国人民代表大会常务委员会相继颁布了一系列单行刑法,大幅度增加了死刑罪名,“新增死刑的法条24个,罪名29个(其中增立罪名10个)”。^①此后,2015年8月29日,全国人大常委会表决通过了《刑法修正案(九)》,取消了经济犯罪,如集资诈骗罪、伪造货币罪等9个死刑罪名,这也导致目前我国刑法中的死刑罪名,从此前的55个减少为46个。

中国刑法之所以逆世界潮流而动,在其他国家纷纷废除或者实际废除死刑的大背景下,实质保留并大量适用死刑,显然与中国社会传统的道德或“正义观”存在联系,在这个意义上,将“社会和人民群众的感觉”作为死刑适用的依据,其

^① 参见王名湖:《坚持以毛泽东人民民主专政死刑观指导死刑立法与司法》,载《法学评论》1994年第1期,第12页。