

死刑政策：全球视野及中国视角

刘仁文

中国社会科学院法学研究所副研究员，法学博士

编者按：死刑的存废长期以来困扰着中国法律界，有关的探讨亦每每可见。然死刑在世界上存废状况如何？究竟何以存于我国？未来死刑政策的把握当采何种取向？刘仁文所述事实与分析，引出其鲜明之立场观点，有大视野但又立足于具体现实，不论能否如其所论，已立希望之言。

一、死刑政策的全球考察

可以毫不夸张地说，当今世界绝大多数国家的死刑政策是朝着废除死刑和严格限制死刑的方向努力的。据大赦国际的统计，截至2003年1月1日，世界上已有76个国家（包括地区，下同）在法律上明确废除了所有罪行的死刑，15个国家废除了普通犯罪的死刑（军事犯罪或战时犯罪除外），还有21个国家在事实上废除了死刑（过去10年内没有执行过死刑、并且确信其不执行死刑的政策将继续下去或者它已向国际社会作出承诺不再使用死刑），三者加在一起是112个国家，这其中包括了英国、法国、德国、加拿大、澳大利亚、意大利、南非和俄罗斯等，相应地，保留死刑的国家只剩下83个。^{〔1〕}

为了进一步说明当今世界各国的死刑政策走向，这里特对过去22年来的死刑废除情况做一统计（见下页统计表）。^{〔2〕}

在保留死刑的国家里，情况也不可同日而语。越来越多的国家倾向于对死刑持严格限制的态度。表现之一是在立法上大幅度减少适用死刑的条款，将其限制在谋杀、叛逆和战时犯罪等少数几种性质极其严重的犯罪上，而不对经济犯罪等非暴力的普通犯罪适用死刑。表现之二是在司法上对死刑进行严格控制，有的国家一年仅判决执行一件或几件死刑，有的国家甚至数年才执行一件死刑。如日本从1979年到1984年，平均每年仅执行1件死刑；从1985年到1988年4年期间仅执行了9件死刑；2002年执行的死刑也只有2件。又如韩国，继1990年修订特别刑法取消15个条款的死刑、1995年修订刑法又取消5个条款的死刑之后，1998年，当时的金大中总统公开告诉大赦国际他本人反对死刑，因此韩国近几年一例死刑也没有执行。2002年，在83个保留死刑的国家中，只有67个国家宣

〔1〕 参见大赦国际：《死刑状况及数字》(Amnesty international: *Facts and figures on the death penalty*)。

〔2〕 同注〔1〕。

判了死刑,而这些国家中,又只有31个国家实际执行了死刑。^[3]

现在,在所有的大国中,除中国外,只有美国、日本和印度还保留有死刑。而日本每年最多也就执行1-2件死刑,且都限于严重谋杀罪。印度的死刑适用也受到严格限制,且执行死刑的人数呈下降趋势,例如,从1982年到1985年的3年间,总共只执行了35件死刑,平均每年不到12件;^[4]从1996年到2000年,5年间适用死刑总共才49件,平均每年不到10件。正如有的学者所指出:“考虑到印度作为世界上第二人口大国,这个数字应当是比较低的。”^[5]美国的情形稍微复杂一些,但总的来看,它对死刑的适用也是持相当严格的立场的。现在全美有12个州废除了死刑,38个州保留死刑。在保留死刑的州,绝大多数州都规定只有严重谋杀罪(通常是一级谋杀罪)才可以判处死刑。^[6]在美国,要判处一个罪犯的死刑,其司法程序几近繁琐,为了减少冤假错案和确保死囚的各项权利,国家不惜投入巨额的司法成本。据悉,一个检察官要最终胜诉一件死刑案,其花费将高达50万美元以上。^[7]近年来,在国内外人权组织的压力下,美国的死刑适用呈明显下降的趋势,例如,1999年美国执行了98例死刑,但2001年只执行了66例。^[8]2002年,美国最高法院又作出裁决,禁止对弱智犯适用死刑;同一年,伊利诺依州州长鉴于有确凿的证据表明死刑存在错判,因此下令暂停所有该州的死刑执行;马里兰州的州长也在该年宣布,由于死刑判决中存在种族和地理上的歧视,因此在该问题没有得到很好解决之前,暂停所有该州的死刑执行。^[9]

有学者作出过统计:“从1965年到1988年,大约平均每年有1个国家走上

年	在法律上明确废除所有罪行的死刑的国家数	在法律上废除所有犯罪死刑和废除普通犯罪死刑以及在实践中事实上废除死刑的国家数
1981	27	63
1982	28	63
1983	28	64
1984	28	64
1985	29	64
1986	31	66
1987	35	69
1988	35	80
1989	39	84
1990	46	88
1991	46	83
1992	50	84
1993	53	90
1994	54	96
1995	58	101
1996	59	100
1997	63	102
1998	69	105
1999	72	108
2000	74	108
2001	74	111
2002	76	112

1988年,大约平均每年有1个国家走上

[3] 同注[1]。

[4] 《现代世界死刑概况》,赵秉志等译,中国人民大学出版社1992年版,第101页。

[5] [英]罗杰·胡德:《死刑的全球考察》,牛津大学出版社2002年第3版,第50页。(Roger Hood, *The Death Penalty: A worldwide Perspective*, Third Edition, Oxford University Press, 2002, p. 50.)

[6] 同注[4],第261页。

[7] 胡云腾:《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第107页。

[8] 同注[5],第72页。

[9] 参见大赦国际2003年报告,第267页。(Amnesty International Report 2003, p. 267.)

废除死刑的道路,但从1989年到2001年,却平均每年有3个国家走上废除死刑的道路。而且,越来越多的国家在废除死刑时一步到位,而不像过去那样先废除普通犯罪的死刑,最后再废除所有犯罪的死刑。另外,废除死刑的运动也正得到跨区域的发展:在1965年废除死刑的25个国家中,只有两个是西欧和中南美洲之外的国家,但到2001年,废除死刑的国家不仅扩大到了东欧,还扩大到了非洲和太平洋岛。例如,已有11个非洲国家彻底废除了死刑,另外11个非洲国家事实上废除了死刑;有11个太平洋岛的国家彻底废除了死刑,4个国家事实上废除了死刑。虽然在亚洲废除死刑的运动相对缓慢,但也有两个国家彻底废除了死刑,另外6个国家事实上废除了死刑(以10年内没有执行死刑为标准)。最重要的是,这种全球性的废除死刑运动在新千年里看不到减缓的迹象。”^[10]

为什么废除死刑的运动会在短短的几十年里取得如此迅速的进展?是什么影响了这些国家对死刑政策的选择?笔者认为,最根本的一点在于世界人权运动的蓬勃发展,是人权将死刑推向了被审判的命运,是人权判处了死刑的死刑。

首先,对人权保障的不断强调,使联合国及其有关机构在废除死刑问题上的态度日益鲜明。在1948年发表《世界人权宣言》时,联合国除了宣称“人人享有生命权”(第3条)和“对任何人不得加以酷刑,或施以残忍的、不人道的或者侮辱性的待遇或刑罚”(第5条)外,并没有直接表明反对死刑的态度,但到1966年通过《公民权利和政治权利国际公约》时,却明确表明了反对死刑和限制死刑的态度。1971年和1977年,联合国又先后两次通过决议,要求“从废除死刑的精神出发,不断减少可以判处死刑的罪名”。1989年,联合国又通过了《旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际公约第二项任择议定书》,进一步提出了废除死刑的主张。根据该议定书,除了允许当事国就战时的严重军事犯罪保留死刑外,其他一切条款均不得提出保留。

此外,联合国经济与社会理事会于1984年通过的《关于保证面对死刑的人的权利保障措施》、1989年通过的《对保障措施补充规定的补充规定》、1996年通过的《进一步加强保障措施的决议》等文件,均在鼓励废除死刑的同时,对如何具体限制死刑作出了详细规定。例如,死刑只能适用于最严重的罪行,这里的“最严重的罪行”之范围“不能超过具有致命的或者其他极其严重后果的故意犯罪”;死刑不能适用于犯罪时未满18周岁的人;不能对孕妇和新生儿的母亲执行死刑;不能对有精神病和有智力障碍者判处或执行死刑;应确立一个最大年龄限度,超过这一限度,任何人不得被判处或执行死刑等等。^[11]

近年来,联合国人权委员会也致力于推动死刑的废除,在1997/12号决议和1998/8号决议中,它分别呼吁和敦促各尚未废除死刑的国家逐渐减少死刑适用范围,暂停执行死刑判决,为全面废除死刑而努力。

作为上述态度的体现,联合国在前南法庭和卢旺达法庭的审理中,毫不奇怪地抛弃了二战后纽伦堡法庭和东京法庭可以判处战犯死刑的规则。同样,1998年的《国际刑事法院罗马规约》也当然地排除了将死刑作为一种可能的刑罚方法。^[12]

[10] 同注[5],第12页。

[11] 同注[5],第260-261页。

[12] 同注[5],第20页。

其次,对人权的看重使一些区域性组织在推动废除死刑方面发挥着积极的作用。这方面以欧洲最为突出。早在1982年,欧洲理事会就通过了《欧洲人权公约第六议定书》,该议定书要求当事国废除和平时期的死刑。1994年、1996年、1999年,欧洲理事会又通过和重申《没有死刑的欧洲》的决议,并号召世界上其他还没有废除死刑的国家,“像大多数欧洲议会成员国一样,迅速废除死刑”。^[13]在1994年,欧洲理事会宣称,“死刑在现代文明社会的刑罚体系中不能拥有合法的位置,死刑的适用应被视为欧洲人权公约第3条所指的酷刑和不人道、不体面的刑罚”,因此,“今后任何一个想加入欧洲理事会的国家,其前提是必须同意立即停止死刑的执行,并在一定的年限之内签署和批准《欧洲人权公约第六议定书》”。^[14]2002年,欧洲理事会又通过了《欧洲人权公约第十三议定书》,将废除死刑的范围由原来的和平时期推广到包括战争时期,“这是为表明死刑在任何场合都不能接受的一个坚强的政治信号。”^[15]

与欧洲理事会一样,欧盟也将废除死刑作为其成员资格的先决条件。在1998年通过的一项决议中,欧盟宣称,废除死刑有助于人的尊严与人权的进步发展,因此,作为所有成员国都同意的一种强有力的政策观,必须努力废除死刑。^[16]2001年,欧洲议会还通过了一个针对世界的死刑决议,要求欧盟各国把废除死刑至少是停止执行死刑作为其与第三国打交道的外交政策的一部分。作为这一政策的体现,它甚至在2001年的另一项决议中专门针对美国和日本这两个重要盟友指出,除非他们在废除死刑的执行方面取得“重要的进展”,否则将取消他们在欧洲议会中的观察员资格。值得指出的是,在2000年欧盟通过的《欧洲基本权利宪章》中,明确规定了禁止将任何人引渡给有死刑危险的国家,除非对方保证将其引渡回去后不判死刑。

欧洲组织的这种死刑政策使渴望融入欧洲的所有东欧国家和部分前苏联国家不得不加快废除死刑的步伐。截至2002年4月,共有16个东欧国家和包括俄罗斯、乌克兰在内的9个前苏联国家加入到了废除死刑的行列。“欧洲对死刑的敌意使美国这样一个在世界事务中居于领导地位的国家感受到了道德上的挑战。”^[17]

第三,一些以促进人权事业为宗旨的非政府组织不遗余力地为废除死刑而斗争。如大赦国际,在其所关注的人权话题中,死刑即是重点之一。除每年的报告要对各国死刑问题进行详细分析外,它还定期出版《死刑新闻》,报告世界各地保留、适用和废除死刑的各种动向,发表死刑存废的各种统计资料与数据。几十年来,它以联合国人权文件为武器,以联合国有关人权组织为依托,广泛动员和团结其他人权组织以及致力于人权保障的律师、学者、议员、宗教界人士和法官等,锲而不舍地为减少和废除死刑而努力,抨击一切保留和滥用死刑的国家。鉴于其对国际人权事业的贡献,它于1977年被授予诺贝尔和平奖,1978年被授予联合国人权奖。现在,越来越多的个人、国家和国际组织由开始讨厌、反对其活动转而赞成和采纳其主张,由开始将其批评不当一回事转而很在意其批评。

[13] 同注[5],第16页。

[14] 同注[5],第16页。

[15] 同注[5],第16页。

[16] 转引自邱兴隆主编:《比较刑法 死刑专号》,中国检察出版社2001年版,第93-94页。

[17] 同注[5],第17-18页。

第四,许多废除死刑的国家,都以人权作为其政策根据和合法性依据。例如,鉴于二战期间意大利和德国法西斯滥用死刑、严重侵犯人权的教训,这两个国家战后很快就废除了死刑。^[18]柬埔寨在经过波尔布特统治时期的血腥大屠杀后,于1993年通过宪法明确宣布废除死刑。^[19]又如,葡萄牙在1976年通过的新宪法中宣称:“1、人的生命不可侵犯;2、死刑没有存在的余地。”南非在结束种族隔离制度后,先是暂停所有死刑的执行,后又通过宪法法院裁决死刑违宪,最后终于在1997年修改刑法时废除了所有犯罪的死刑。由于在废除死刑时南非的社会治安形势不好,尤其是暴力犯罪严重,因此社会上反对废除死刑的呼声非常之高,但南非国会还是顶住压力,同意了宪法法院院长的意见,即“减少暴力犯罪应通过创造一种尊重人的生命的‘人权文化’来实现”。^[20]1981年,当法国废除所有犯罪的死刑时,国内要求保留死刑的民意还很强烈,但当时的总统密特朗和司法部长巴丹戴尔等人认为,法国作为在世界人权历史上起过伟大作用的国家,现在却成为西欧惟一个适用死刑的国家,这是一种很不光彩的记录,不符合他们的政治信仰,因此,死刑应当立即无条件地、一步到位地废除。^[21]过去,包括西欧一些国家在内的废除死刑国还保留战时犯罪的死刑,但现在,“绝大多数西欧国家都已经认识到,即使在战时也不能适用死刑,因为这与他们对人权保障的承诺相违背”。基于此种观点,瑞士在1995年回答联合国第五次关于死刑问题的调查问卷时,就申明:“瑞士已经废除了军事犯罪的死刑,因为它构成对人的生命权和尊严的公然侵犯。……反对和平时期适用死刑的理由应同样适用于战时,因为保障人权没有两条路可走,只有一条路可走。”与此相类似,西班牙在其回答中也声称:“死刑在一个先进、文明的社会中应无生存的空间。……很难想象哪一种刑罚会像死刑一样使人痛苦、不体面,既然按照我国宪法的精神,刑罚的目的在于矫正犯罪人而不是将其一杀了之,那么我们就不能赋予任何死刑以合法性。”^[22]

二、中国死刑政策回顾

1949年新中国成立后,毛泽东一方面强调保留死刑的必要性,另一方面,他又对慎用死刑作出了许多指示。如1951年5月,他在修改第三次全国公安会议决议时就强调:“凡介在可捕可不捕之间的人一定不要捕,如果捕了就是犯错误;凡介在可杀可不杀之间的人一定不要杀,如果杀了就是犯错误。”^[23]1956年4月,在《论十大关系》的报告中,他又指出:“今后社会上的镇压,要少捉少杀。……机关、学校、部队里面清查反革命,要坚持在延安开始的一条,就是一个不杀,大部不捉。”“机关肃反一个不杀的方针,不妨碍我们对反革命分子采取严肃态度。但是,可以保证不犯无法挽回的错误,犯了错误也有改正的机

[18] 原德意志民主共和国(东德)于1987年废除死刑,成为当时第一个废除死刑的社会主义国家。

[19] 同注[5],第43页。

[20] 同注[5],第39-40页。

[21] [法]罗贝尔·巴丹戴尔:《为废除死刑而战》,罗结珍/赵海峰译,法律出版社2003年版,第164页以下。

[22] 同注[5],第26页。

[23] 《毛泽东选集》第5卷,第40页。

会,可以稳定很多人,可以避免党内同志之间互相不信任。”^[24]

1979年,新中国颁布了第一部刑法典。当时主持刑法制订工作的彭真同志在《关于中华人民共和国刑法的说明》中指出:我国现在还不能也不应废除死刑,但应尽量减少使用。^[25]这其实是对毛泽东的“杀人要少”的政策思想的继承。作为这一政策思想的体现,该部刑法典共规定了15个条文、28种死刑罪名,与过去司法实践中可适用的死刑罪名相比,减少了很多。^[26]从这些死刑罪名的规定中可以看出:第一,“反革命罪”占到所有死罪的一半以上,这反映了当时立法者仍然十分重视“严惩各种反革命活动”,但事实上随着该类犯罪的发案率越来越低,而且国家的主要任务也从“以阶级斗争为纲”转入“以经济建设为中心”,因而实践中以反革命罪定罪判刑的越来越少,相应地,判处死刑的就更少;第二,在死刑罪名中,除贪污罪外,别的罪都要求在犯罪手段上具有暴力性或破坏性。因此,虽然1979年刑法与同期的一些外国刑法相比,在死刑的规定上仍有偏多之嫌,但就当时中国的具体环境而言,应当说在死刑问题上是比较克制的,所以,现在大多数中国刑法学者都认为,1979年刑法较好地体现了限制死刑的政策。^[27]

但是,1979年刑法颁行不久,针对改革开放后严重经济犯罪和严重刑事犯罪上升、社会治安形势恶化的态势,立法机关不断地通过补充立法来增设一系列的死刑罪名。据统计,截至1997年刑法修订前,在20多个补充刑事立法中,共增设了50余种死罪,从而使死刑罪名达到近80个之多,死刑扩大到许多经济犯罪和非暴力的危害社会管理秩序的犯罪。在死刑适用上,也存在着扩大的趋势。例如1983年,邓小平针对当时刑事案件大幅度上升的情况,就指出:“原因在哪里?主要是下不了手,对犯罪分子打击不严、不快,判得很轻。……必须依法杀一批。”1986年,他又指出:“有些罪犯就是要判死刑。……现在总的表现是手软。”现在一般只是杀那些犯杀人罪的人,其他的严重犯罪活动呢?广东卖淫罪犯那么猖獗,为什么不严惩几个最恶劣的?老鸨,抓了几次不改,一律依法从重判处。经济犯罪特别严重的,使国家损失几百万、上千万的国家工作人员,为什么不可以按刑法规定判死刑?1952年杀了两个人,一个刘青山,一个张子善,起了很大作用。现在只杀两个起不了那么大了,要多杀几个,这才能真正表现我们的决心。”^[28]由于死刑罪名增多,死刑适用率上升,以致最高人民法院难以承担全部的死刑复核工作,于是,在1980年2月12日,也就是1979年《刑事诉讼法》生效后仅两个多月,全国人大常委会就作出规定:在1980年内,对现行杀人、强奸、抢劫、放火等严重罪行的案件,应当判处死刑的,由最高人民法院授予省、自治区、直辖市的高级人民法院来行使复核权。^[29]1981年6月19日,全国人大常委会又在《关于死刑案件核准问题的决定》中规定:“在1981年至1983年内,对犯有杀人、抢劫、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

[24] 同注[23],第281-283页。

[25] 转引自刘作俊:《死刑限制论》,武汉大学出版社2001年版,第83页。

[26] 马克昌:“我国刑法中的死刑”,载《刑法学参考资料》,中央广播电视大学出版社1985年版。

[27] 赵秉志/肖中华:“论死刑的立法控制”,载《中国法学》1998年第1期。

[28] 《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第33-34页,第152-153页。

[29] 陈兴良主编:《中国死刑检讨》,中国检察出版社2003年版,第20页。

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。”^[30]为了将这一临时性的规定延续下去,1983年9月2日,全国人大常委会又通过修改《人民法院组织法》,规定对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安的判处死刑的案件核准权,最高人民法院在必要的时候,得授权死刑案件所在省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。根据这一规定,最高人民法院于同年9月7日作出决定,将杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安案件判处死刑的案件核准权授权给省、自治区、直辖市的高级人民法院和解放军军事法院行使。^[31]至此,死刑复核权的下放正式成为一种制度。1991年6月6日和1993年8月18日,最高人民法院又分别发出通知,依法授权云南省高级人民法院和广东省高级人民法院分别行使两省毒品犯罪案件的死刑核准权。1996年3月19日,最高人民法院又发出通知,依法授权广西、四川、甘肃三省区的高级人民法院对各自毒品犯罪的死刑案件行使核准权。值得注意的是,修订后的刑事诉讼法和刑法均规定死刑(立即执行)由最高人民法院行使核准权,虽然表面上它与1979年的刑事诉讼法和刑法没有区别,但实际上是对此后死刑核准权下放的否定。如果从法理上来看,显然死刑核准权的下放应就此终结,但遗憾的是,最高人民法院仍然于1997年9月26日新刑法施行前发出了《关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》,其中规定:“自1997年10月1日修订后的刑法正式实施之日起,除本院判处的死刑案件外,各地对刑法分则第一章规定的危害国家安全罪,第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序罪,第八章规定的贪污贿赂罪判处死刑的案件,高级人民法院、解放军军事法院二审或复核同意后,仍应报本院核准。对刑法分则第二章、第四章、第五章、第六章(毒品犯罪除外)、第七章、第十章规定的犯罪,判处死刑的案件(本院判决的和涉外的除外)的核准权,本院依据《中华人民共和国人民法院组织法》第13条的规定,仍授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。但涉港台死刑案件在一审宣判前仍须报本院内核。对于毒品犯罪死刑案件,除已获得授权的高级人民法院可以行使部分死刑案件核准权外,其他高级人民法院和解放军军事法院在二审或复核同意后,仍应报本院核准。”就这样,死刑核准权下放又被延续下来。^[32]

1997年刑法修订时,许多刑法学者希望立法机关能采纳大幅度减少死刑的建议,立法机关在修订刑法的酝酿过程中也确曾考虑过适当限制死刑和减少死刑。例如,早在1988年全国人大常委会《关于修改刑法的初步设想》中就曾指出,我国刑法同世界各国刑法相比,死刑较多,死刑条文所占比例偏高,因此,今后对死刑应尽量不再增加,并适当减少一些死刑。^[33]但此后的单行立法和刑法修订表明,这一思想并未得到很好的贯彻。这样,到1997年刑法修订案正式出台时,立法机关认为,“考虑到目前社会治安的形势严峻,经济犯罪的情况严重,还不具备减少死刑的条件”,因此,“这次修订,对现行法律规定的死刑,原则上不减少也不增加”。^[34]在这种“不增不减、大体保持平衡”的政策思想指导下,

[30] 同注[25],第273-274页。

[31] 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第257页。

[32] 按照上述司法解释,由各高级人民法院行使核准权的死刑罪名为43种,占刑法典68种死刑罪名的63.2%。

[33] 高铭喧/赵秉志:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社1998年版,第2106页。

[34] 王汉斌:《关于中华人民共和国刑法(修订草案)的说明》。

新刑法用 47 个条文规定了 68 种死刑罪名。与 1979 年刑法相比,死刑罪名从原来的 28 种增至 68 种,其中“破坏社会主义市场经济秩序罪”这类非暴力犯罪占到第一位。

三、严格限制死刑直至最后废除死刑

面对国际上废除死刑运动的势不可挡,中国在死刑问题上的取向亟待明确。应当看到,我们现在谈死刑问题,所处的国内外形势已经不能与过去相比了。从国内形势看,我们已经从激烈的革命年代进入和平建设年代,已经从“以阶级斗争为纲”转向“全面建设小康社会”,已经从频繁地依靠运动治国转向依法治国。从国际形势看,现在世界上废除死刑的国家已经从少数变为多数,他们在联合国的支持下,高举人权和人道的旗帜,处于“主流派”的地位,在死刑存废之争中越来越占明显的优势;即使保留死刑的国家也对适用死刑持越来越严格的立场,真正在实践中频繁执行死刑的已经微乎其微。我国在死刑问题上“一枝独秀”,会产生一系列的消极后果。

首先,容易与国际社会产生隔阂,影响我国的社会主义形象。社会主义本来应当是最讲人权的,是最应当尊重人的生命的,但如果世界上相当一部分死刑甚至是大部分死刑都发生在我国,就很难使人信服。也许我们会按照一贯的思维反驳说:我们判处犯罪分子的死刑,是为了保护更多人的人权。但这种说法在当今世界已经没有多大说服力了,原因很简单,越来越多的国家在废除死刑或者不执行死刑的情况下同样能维护社会的稳定和公众的安全,没有任何证据表明,执行死刑越多的国家,其社会的稳定和公众的安全要好于那些不执行或者少执行死刑的国家。

其次,不利于国际和区际刑事司法合作。如前所述,欧盟已经禁止将有判处死刑危险的犯罪分子引渡给管辖国,其他一些废除死刑的国家也持类似态度。如大走私分子赖昌星逃到加拿大后,加拿大即以其有死刑危险为由拒绝将其引渡给我国。此种情形令我们“处于非常尴尬的境地:如不承诺不判处死刑,外国就不会引渡过来;如承诺不判处死刑,又与我国刑法规定不相符合。总之,我们无法对这类经济犯罪分子适用死刑,不如对经济犯罪不设置死刑,而设置无期徒刑并加大财产刑的力度为好”。^[35]此外,我国实行“一国两制”,香港、澳门已经废除死刑,在一些涉港、涉澳的案件中,同一种犯罪在大陆受审和在港澳受审结果悬殊,容易造成认识上的混乱和其他一些不好的影响。

第三,死刑适用过多过滥,不仅会滋长当权者对死刑作用的迷信,忽略社会治安和社会管理的基础性工作,忽视犯罪成因的多重性和复杂性,而且不利于在整个社会形成一种健康、人道的文化,不利于树立尊重人的生命的观念。死刑适用太多,还会导致罪刑关系的比例失衡,导致轻重不分,其结果不仅对犯较轻罪行的犯罪分子不公平,而且还会产生其他一些消极后果,如杀人得死,伤害也得死,还不如将伤害的人杀死,那样或许还可杀人灭口。另外,杀人过多,会使人们对死刑见多不怪,人们对其强烈印象减弱,自然其威慑作用也就慢慢减退。

[35] 马克昌:“有效限制死刑的适用刍议”,载《法学家》2003年第1期。

第四,由于死刑误判不可避免,^[36]因此,判处死刑越多,误判风险就越大。而死刑一旦误判,后果将无法挽回。又由于死刑适用在地理、族群等方面可能存在歧视,以及死刑犯在聘请辩护律师的经济实力方面存在差距,因而很难保证被杀的人就一定是该杀的人。古今治国者莫不明白:杀人太多,不利于国家的长治久安。

当前,我们在死刑问题上,必须消除几个误区。

误区之一是认为我国国情特殊。其中包括“有什么样的犯罪就有什么样的刑罚,我国目前正处于社会转型期,犯罪猖獗,需要用死刑来杀一儆百”;“判处犯罪分子的死刑,是为了保障被害人的权益,是为了更多人的人权”;“杀人偿命,这是我国根深蒂固的文化传统”等等观点。然而,中国作为拥有五千年文明的国家,作为联合国常任理事国,我们的国情究竟特殊到何种程度,可以置身于联合国关于废除和限制死刑的决议之外,难道世界上绝大多数国家都能达到的人权标准我们就硬是达不到么?既然像印度这样民族矛盾、宗教矛盾和种姓矛盾都异常尖锐的发展中大国都能做到严格限制死刑的适用,连俄罗斯、南非这样的转型国家都能在社会治安压力大、群众要求保留死刑呼声高的情况下毅然决然地废除死刑,^[37]我们为什么就不能呢?

误区之二是迷信死刑的威慑力。对此,我们至少需要讨论两点。第一,如果我们真正树立生命至上、生命无价这样的观念,那么对于经济犯罪和一般的不剥夺他人生命的刑事犯罪而言,就没有任何理由判处死刑。有什么能与生命等值呢?即使死刑有威慑力,也不能用剥夺一个人的生命去预防一种不以剥夺生命为内容的犯罪。因为“并非所有看起来是符合目的的东西都是合理的”。^[38]第二,死刑究竟有多大的威慑力,有没有可以替代的办法?联合国在1988年和1996年组织的两次关于死刑与杀人罪的关系的调查中,都得出结论说,没有证据支持死刑比终身监禁具有更大的威慑力。对此,我们也不难理解:从特殊预防的角度,终身监禁完全可以剥夺犯罪分子的再犯罪能力;从一般预防的角度,当整个刑罚的严厉性降下来,终身监禁成为最严厉的处罚时,在监牢里度过一生的威慑力应不亚于死刑。^[39]另外,一些废除死刑国家的经验表明,废除死刑并不会导致犯罪率的上升。如加拿大在1975年,也就是废除死刑的头一年,谋杀罪的比率为每10万人中3.09人,但到1980年即下降到2.41人;1999年,也就是废除死刑后的第23年,下降到1.76人,比1975年低了43%。^[40]相反,我国的情况表明,增加死刑的适用也并不能导致犯罪率的下降。例如,我国的伤害罪1982年全国共发生20298件,1983年增设死刑后,1993年伤害案件增加到64595件,增长3.18倍;重大盗窃案1982年发生14404件,1983年对盗窃罪增设死刑后,1993年增加到301848件,增长20.66倍。^[41]1997年我国修订刑法时,废

[36] 例如,即使在美国这样拥有较完善的司法体制的国家,最近20年间被无辜判处死刑的人数也高达102人。

[37] 据岳礼玲教授介绍,南非废除死刑后其犯罪率并无多大变化。

[38] [德]耶塞克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第29页。

[39] 其实,犯罪学的研究还给我们提供了许多别的视角。例如,当一个人的犯罪属激情犯罪、义愤犯罪等非预谋的犯罪,或者当一个人由于存在心理、生理瑕疵而犯罪,或者是由于某种信仰而犯罪时,再严厉的刑罚也未必能对他产生威慑作用;即使一个人从事某种预谋犯罪,他当时想到的可能也只是自己不会被发现,而不是刑罚有多严厉。

[40] 同注[5],第214页。

[41] 胡云腾:《存与废——死刑基本理论研究》,中国检察出版社2000年版,第270-271页。

除了普通盗窃罪的死刑,当时许多人担心盗窃罪将成倍增长,但几年过去了,事实并非如此。从司法实践中反馈回来的消息表明,这几年盗窃罪的发案率和几年前基本持平。

误区之三是群众拥护死刑,“不杀不足以平民愤”。长期以来,我们似乎已经习惯了“以人民的名义”、“群众拥护和支持”来证明任何一项政策的合法性,但英国学者阿克顿的一段话也许会给我们以启发:“少数的压迫是邪恶的,但多数的压迫更邪恶。因为民众中蕴藏的力量若被唤醒,少数人将无法抵挡他们。面对全体人们的绝对意志,他们无可诉求,无可援助,无可躲避。”^[42]另一个可以给我们启发的事例是:群众都希望少交税甚至不交税,但国家能片面地听他们的吗?^[43]可见,国家不光是要听群众的,还负有引导群众朝着理性方向思考的职责。有研究表明,当民意测验在问回答人是否支持死刑时,若没有给出一种可以作为死刑之替代的惩罚办法,而是让回答人自己去想若不对一名特定的罪大恶极的在押人执行死刑,将会发生什么时,通常,回答人会误以为若不施用死刑,犯罪人在服完一个短期的监禁后就会被放回社区。如果让危险的杀人犯被释放回去与他们为邻住在一起,连强烈的废除死刑论者也可能赞成死刑。可是,当回答人被问到他们是否赞成死刑优先于其他替代办法时,赞成死刑的回答便会大幅度下降(从70%下降到53%)。可见,群众对死刑的感性认识是在一定程度上得到改变的。值得注意的是,目前我们适用死刑的每一种犯罪并不一定都是“不杀不足以平民愤”的犯罪,一些经济犯罪和财产犯罪不判处犯罪分子死刑并不一定招致多大的民愤,有民愤的案子主要还是集中在蓄谋杀这类剥夺他人生命的恶性案件上。还要指出的是,即使那些已经废除死刑的国家,也并不都是建立在民意的基础上的。法国在1981年废除死刑时,社会上反对废除死刑的人高达62%,但政府还是以坚定的“政治意志”推动了死刑的废除。在参议院辩论废除死刑的法案时,反对废除死刑的议员要求就此举行全民公决,但赞成废除死刑者反驳说:根据宪法规定,由选民选出来的议员有权决定死刑的存废,而不需通过公决的形式。由此最终通过了废除死刑的法案。^[44]

至此,我们可以得出如下初步结论:(1)死刑对于一切非致命的犯罪而言,因其价值不等,无须考虑其是否具有威慑力,应坚决废止。(2)死刑对于致命性的犯罪而言,如果单从等价的角度,似乎有其合理性,但由于人类文明早已将刑法从“以牙还牙”的单纯报应中解放出来,因此光具有等价性还不能成为其合法性的基础。这就需要进一步考虑其威慑力

[42] [英]阿克顿:《自由与权力》,侯健/范亚峰译,商务印书馆2001年版,第39页。

[43] 转引自夏勇:“死刑与‘最严重的犯罪’”,载《公法》第2卷,法律出版社2000年版。作为个案的补充,我还可以在这里提供两个材料:一是在牛津大学写本文初稿时,笔者曾在一伊朗女士开的理发店理发,问她是否同意废除死刑时,她说不同意,说你知不知道那些强奸犯强奸我们妇女、强奸我们的女儿有多可怕。我说这些人不判处死刑并不是说就放他们出来,而是将他们终身监禁起来,对你们不会有危险。她听说后态度就有了变化,表示“那倒可以考虑”。再就是回到国内修改本文时,一老家农民来京告状,他是一个文学爱好者,让我送他一些书报,于是我就将自己新近发表的一篇关于废除死刑的短文介绍给他。他起初惊讶地说:“废除死刑?这我可是第一次听说。”语气中大有不解之意。当他看完全文时,他就说:“我看到您的文章中提到死刑错判一事,就想起几年前我们村里的一个案子。当时一个妇女被作为投毒案的罪犯判处死刑。执行死刑那天,我们都骑着摩托车追着去看热闹。那个妇女死抓着囚车的铁栏杆,口喊:‘老天爷,你长没长眼睛?’事后其亲属不断上告,最后终于平反,还获得了国家赔偿。”说到这里,他自言自语:“人都死了,赔再多又有什么用呢?像这样杀错了人,真是不应该。”

[44] 同注[21],第194页,第203页。

问题,如果能证明通过判处此类犯罪分子的死刑可以威慑其他人走向犯罪道路,从而防止更多的无辜群众被害,那么至少从功利主义刑法观而言,它是有其正当性的。但遗憾的是,迄今为止绝大多数研究结论都不支持这种观点,保留和废除死刑国家的正反两方面的经验也没能支持这一点。一个简单的事实是:当今世界,没有任何证据表明那些保留死刑甚至大量适用死刑的国家和地区的社会治安要好于那些废除死刑或很少适用死刑的国家和地区的社会治安。考虑到影响犯罪的内外因的复杂微妙,笔者甚至认为,要确切地证明死刑对某种致命性犯罪的边际威慑力简直是一件不可能的事情,除非在死刑存废前后此种致命性犯罪的升降发生显著的变化。不过,这还从来没发生过。那么,既然是一种已经在相当程度上被证明没有特别威慑力的刑罚,死刑确切的边际威慑力难以证成,那么我们就应当以假设中的威慑力为由来剥夺现实中犯罪分子的生命,否则就不符合功利主义的“结果主义”原则。更何况,人权学者还提醒我们:“在笼统地谈论死刑的威慑力时,我们还必须考虑以下因素:罪与刑的比例性原则,刑罚的该当性,刑罚人道主义,对人权的尊重,死刑的滥用与死刑适用中的歧视,错判误判的风险等等。”^[45]可见,死刑对于致命性的犯罪也缺乏正当性。

因此,从应然的角度,我们应当响亮地提出废除死刑的口号。^[46]不过,作为一个现实主义者,我们又不得不从应然回到实然中来。因此,笔者总体上同意有些学者的如下观点:“在一个仍然大量适用死刑的国家,企求立即废除死刑,无疑是个奢望。”^[47]当前,我们最重要的是要切实确立起“严格限制死刑”的政策,以便为最终废除死刑创造条件。

何为“严格限制死刑”?有必要就此确立一个基本平台。这个平台就是:从人的生命的至高无上出发,我国应当尽快取消一切非致命性犯罪的死刑,尤其是那些非暴力性的经济犯罪的死刑(这里的经济犯罪是广义的,不单指破坏社会主义市场经济秩序罪,还包括盗窃罪等侵犯财产权的犯罪和贪污、受贿等渎职犯罪)。这也是联合国对那些还保留死刑国家的要求。如前所述,联合国现在总的精神是废除死刑,但对那些还没有废除死刑的国家,只好退一步求其次,要求“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”(《公民权利和政治权利国际公约》第6条第2款)。我国已经签署了《公民权利和政治权利国际公约》,因此负有遵守的义务。关于何为“最严重的罪行”,按照联合国经济与社会理事会《关于保证面对死刑的人的权利保障措施》的规定,其范围“不能超过具有致命的或者其他极其严重的后果的故意犯罪”。虽然该《保障措施》中使用的“其他极其严重的后果”这一模糊的短语给许多国家留下了一种宽泛解释的余地,但联合国经济与社会理事会在关于死刑的第六个五年报告《死刑与贯彻 关于保证面对死刑的人的权利保障措

[45] 同注[5],第209页。

[46] 我曾经在一次演讲中谈到,只同意在以下情形判处一个杀人犯的死刑:首先,这个人心理和生理都是正常的。如果他是有缺陷的,那么为预防一个正常人犯罪而杀掉一个有心理、生理缺陷的人,就不仅多余,而且也不公平;其次,被害者是没有过错的,如果一个人杀了人,是因为被害人也有过错,因此而判处该杀人犯死刑,就不仅意味着将被害人的过错责任全部转嫁到犯罪人一人身上,而且对他人也没有多大预防作用;第三,国家和社会对他走向犯罪道路不承担任何责任,否则将他一杀了之,就是一个推卸责任、不负责任的政府。但许多与会者告诉我,这样的死刑犯不存在。

[47] 陈泽宪:“论死刑的限制适用”,载《法学》2003年第4期。

施》中明确指出：“致命的或者其他极其严重的后果的含义包含着这样的犯罪应该是导致生命的丧失或者危及生命的意思。在这一意义上，危及生命是行为的一种极有可能的结果。”^[48]因此，我个人强烈主张，现在《保障措施》的该条款应该改成：在那些还没有废除死刑的国家，死刑只能适用于谋杀这类最严重的犯罪，并且即使对这类犯罪也并非一律得适用死刑。”^[49]

废除经济犯罪和其他非暴力犯罪的死刑，甚至只将死刑限制在严重谋杀罪，我认为这并不是一个多么艰巨的任务，关键是看我们领导层的“政治意志”。从民间看，废除死刑的主要障碍来自于“杀人偿命”这种带有强烈报应色彩的传统文化，而对非暴力的经济犯罪不会有那么强烈的抵制。从国家看，此类非暴力犯罪再怎么猖狂，也动摇不了我们的政权，我们完全可以通过适用自由刑、财产刑和资格刑来达到惩罚他们的目的。应当看到，犯罪分子犯罪，固然他们自己要承担主要责任，但由于我们社会正处于转型期，各种管理上的漏洞和制度上的缺陷以及社会分配不公等无疑也是诱发和刺激他们犯罪的重要原因，对此，国家也应承担相应的责任。但判处死刑实际上是国家推卸了自己应承担的那部分责任，而将全部责任都推给了犯罪人，这不仅不人道，还不公平。现实生活中种种“前赴后继”的犯罪案例反复提醒我们，防治犯罪的根本出路在于制度建设，而不在于刑罚的严厉性。

当前，“严格限制死刑”需要从三方面着眼：一是从刑事政策的角度着眼。刑事政策不仅包括中央层面的宏观政策，还包括具体执法部门的微观政策。举例言之，一入室盗窃的犯罪分子在遭遇到主人的反抗时，将主人杀死，此时家里还有老人、小孩，小孩哭着央求：叔叔，别杀我。犯罪分子却说：不杀你，我就得死。在这种心理支配下，犯罪分子只好杀人灭口，老人、小孩一个不留。能否确立一项这样的政策：对于作案当时完全有条件杀掉老人、小孩的，他没有杀死他们，此时即使有命案在身，也留一活口。这样的微观刑事政策无论对于减少被害人还是对于减少死刑都有积极意义。二是从刑事实体法的角度着眼。我国刑法虽然确立了罪刑法定原则，但仍然给司法适用留出了广阔的空间，对于情节的把握，对于因果关系的解释，以及其他许多技术性的操作，都事关死刑面的宽窄。三是从程序的角度着眼。当前我国的死刑案件在程序上存在的问题或者说需要改进的地方主要有：（1）联合国《公民权利和政治权利国际公约》第6条第4项规定：“任何被判处死刑的人应有权要求赦免或减刑。对一切判处死刑的案件，均得给予大赦、特赦或减刑的机会。”这一最低人权标准在我国没有兑现。我们应当完善相关法律，给予被判处死刑的人请求赦免或减刑的权利，包括在宪法上增加大赦制度。^[50]（2）死刑复核权的下放严重影响对死刑案件质量的把关。死刑复核权的下放，使高级人民法院既是死刑案件的二审法院，又是复核法院，二审和复核合一，实际上等于取消了死刑复核程序。它不仅造成适用死刑的案件大量增加，更令人忧虑的是，一些错误的死刑判决很可能失去得到纠正的机会。例如，

[48] 同注[5]，第76页。

[49] 同注[5]，第77页。

[50] 我国现行宪法只规定了特赦，而没有规定大赦。

在最高人民法院每年核准的死刑案件中,约有百分之十几到百分之二十几的改判率。^[51]试想,这些改判的案件如果不是由最高人民法院复核,而是由高级人民法院自己复核,犯罪人将很可能维持原判而被执行死刑,可见这里面的错判后果之可怕。根据修订后的刑事诉讼法和刑法之规定,死刑复核权仍应由最高人民法院来行使,最高人民法院依据《人民法院组织法》继续授权高级人民法院来行使死刑复核权的做法违背了新法优于旧法的基本原则,从违宪审查的角度看,这应属无效。因此,最高人民法院应尽快改变这一做法,将死刑复核权收回来,至于人手不够,那完全不是理由,有什么比生命更重要呢?^[52] (3) 按照联合国经济与社会理事会《关于保证面对死刑的人的权利保障措施》等文件的要求,死刑不能适用于有智力障碍者,并且应对死刑犯确立一个最大年龄限度,超过这一年龄限度的,不能对其适用死刑。这两点我们的法律都是空白,应予补充。(4) 鉴于死刑案件的极大风险性,根据国外经验,我们应确立合议庭和审判委员会一致通过的制度,而不是一般刑事案件的简单多数通过。另外,我国现在的死刑立即执行制度太过仓促,必须在死刑判决后规定适当的期间,以便被判处死刑的人能在这一期间继续寻求救济手段,这也便于发现错误和来得及纠正错误。还有,在证明程度上,对死刑案件要达到百分之百的无可置疑的程度。也就是说,如果普通刑事案件在98%、99%的证明程度即可定罪的话,那么死刑案件只要有一丝怀疑没有得到排除,就不能判处死刑。至于落实二审开庭审理、排除非法证据的使用、保证证人的出庭作证和保障被判处死刑的人的刑事辩护权等,更应作为重中之重加以优先强调。

最后,关于在我国限制和废除死刑的路径问题,有三种路径值得考虑:(1) 宪法路径。综观国外经验,许多国家都是通过修改宪法、解释宪法和适用宪法来实现限制和废除死刑的政策目标的。(2) 刑法路径。即通过修改刑法典来取消部分或全部死刑罪名。当然,也可考虑先通过取消某类犯罪如经济犯罪的死刑或彻底废除死刑之类的单行规定,然后再考虑对刑法典做相应的调整和改革,这样做的一个好处是可以先集中精力来辩论和讨论死刑存废的问题,以免将其他一些问题带进来而使问题复杂化。(3) 司法路径。可以考虑在不变动法条的情况下,在司法中逐渐限制某些死罪的适用条件和范围,使之慢慢地变成死亡条款,甚至在中央决策层的支持下,将所有判处死刑立即执行的案件都改为判处死刑,缓期两年执行,从而发挥我国死缓制度在废除死刑进程中的特殊作用。

(责任编辑:幸颜静)

[51] 同注[41],第278页。

[52] 当然,学界对死刑复核制度的探讨已经不满足于简单地由最高人民法院收回复核权了,而是主张被判处死刑的一方包括其律师应有权参与到诉讼程序中来,从而使暗箱操作式的复核流程变成公开的诉讼活动。同注[31],第260-261页。受此启发,笔者进一步设想,对死刑案件,可考虑将其改为三审终审制。