

文章编号:1674-5205(2014)04-0152-(011)

# 论我国赦免制度的完善

刘仁文

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

**摘要** 我国关于赦免制度只是在宪法、刑法和刑事诉讼法的相关条款中有零星规定,这种立法现状在法治日益健全的今天几乎注定了其被悬置的命运。完善我国的赦免制度,首先要从实体上丰富赦免的种类,包括大赦、特赦、赦免性减刑和复权四部分。其次要从程序上予以完备,以保证赦免制度的规范运行。在特别赦免中,死刑案件特别赦免程序值得专门研究。关于赦免的立法模式,就我国的实际情况看,制定一部专门的《赦免法》,明确赦免实施的各项实体和程序条件,比较科学可行。

**关键词** 赦免;实体;程序;死刑案件;立法模式

**Abstract:** The provisions concerning pardon system are separately prescribed in the related articles of the Constitutional Law, Criminal Law and Criminal Procedural Law in our country. In the era of increasing improvement of the rule of law, the pardon system is put into cold storage because of this kind of legislation. In terms of improvement of the pardon system, firstly, the substantive rules of pardon system should be perfected, especially enriching the types of pardon, including amnesty, pardon, remission of sentence, restitution of civil rights. Secondly, the procedural rules of pardon system should be designed in order to regulate the operation of this system. It should be noted that the capital cases deserve particular studies concerning the special pardon. As to the model of legislation, a specialized Pardon Law, which clearly codifies the substantive rules and procedural rules of pardon system, should be legislated in the light of the actual conditions in our country.

**Key Words:** pardon; substance; procedure; capital cases; legislation mode

中图分类号:DF612 文献标识码:A

法律之所以为人信仰,并不仅仅在于它的苛严与威仪,更在于它正义的慈悲心。

——(意)托马斯·阿奎那

## 一、为何赦免重新受到关注

从1959年为庆祝中华人民共和国成立10周年对在押的确已改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯、反革命罪犯和普通刑事罪犯实行特赦,到1975年第7次特赦对全部在押战争罪犯实行特赦释放,并给予公民权,特赦曾经被作为一项重要的刑事政策措施受到决策者的重视和青睐。但1975年后,由于我国再未实行过特赦,因此该制度逐渐被虚置,在蓬勃发展的法学研究中,赦免制度反而成了被人遗忘的角落。正如有学者指出的:“赦免作为介乎刑法与宪法之间的冷僻话题,无论刑法学界还是宪法学界对之均鲜有涉及。”<sup>(1)</sup><sup>6</sup>

进入新世纪以来,“赦免”这一话题重新受到关注。据笔者初步统计,近年来仅此领域的专著就出版了6本,而有关论文多达30余篇,还不包括那些未公开出版的博士和硕士学位论文。虽然这些专著和论文在内容上存在不同程度的重复,但仍然说明了有越来越多的学者开始关注赦免制度。从作者队伍来看,最初主要是刑法学者,涉及的内容也多为实体法的内容,后来逐渐扩展至刑事诉讼法的学者,内容也从实体法扩展至程序法,最近两三年来更有宪法学者从宪政的角度屡有阐述,这反映了赦免制度本身所具有的跨学科特点和学界研究的逐步深入。

在理论界关注赦免制度的同时,赦免话题也不断被推向社会,例如2007年底《南方周末》发表《2008,能否成为中国特赦年?》的署名文章,<sup>(2)</sup>呼吁国家在改革开放政策实施30周年或奥运会举办之际搞一次特赦,引起广泛讨论;<sup>(3)</sup>2009年,就建国60周年要否

收稿日期:2013-12-10

作者简介:刘仁文(1967—),男,湖南隆回人,中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任、博士生导师。

搞特赦,又引发热议<sup>①</sup>;2010年底至2011年初,媒体大量报道了尚在监狱服刑的“中国最后一个流氓犯人”,就其是否应被特赦展开讨论,引起强烈反响<sup>②</sup>。<sup>(4)</sup>赦免制度重新受到关注主要是因为:

(一)构建社会主义和谐社会的政治背景。从1999年全国人大通过《宪法修正案》明确写上“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”到2004年全国人大再次通过《宪法修正案》把“国家尊重和保障人权”写入《宪法》;从2003年中共中央总书记胡锦涛提出“坚持以人为本”的科学发展观,到2004年中国共产党第十六届四中全会提出“构建社会主义和谐社会”的理论,显示了当代中国建设社会主义政治文明的轨迹。“以人为本”必然带来宽容、人道的文化,“和谐社会”必然要求摒弃单一的斗争哲学。在这样的背景下,体现宽容价值的赦免制度自然会受到重视<sup>③</sup>。<sup>(5)</sup>

(二)“宽严相济”取代“严打”的社会背景。“宽严相济”刑事政策的确立,一方面是党中央围绕“构建社会主义和谐社会”在社会治安领域所做出的重要工作思路调整,另一方面也应当看到,经过20多年的改革开放,新旧体制的转轨尽管还没有最终完成,但已经度过了最混乱的时期,国家治理社会和管理经济的经验也在不断丰富,在这种情况下,也就具备了对“严打”进行反思的条件。也就是说,社会治安的相对稳定和刑事犯罪态势的相对平稳为扭转“严打”刑事政策创造了条件。<sup>(6)</sup><sup>153</sup>从“严打”到“宽严相济”,不言而喻,“以宽济严”是其中的一项重要内容。在探求“以宽济严”的制度措施时,赦免成为顺乎逻辑的一个选项。<sup>(7)</sup>在这方面,中外历史均有例可循,例如,美国学者弗里德曼就曾经指出:“现代制度不安地摇摆于严惩理论与宽宥理论之间。这种紧张关系并不新鲜……18世纪英国的刑事司法以大批量的宽赦缓和了它血腥的法典:在王座和高等法院法官们的宽恕和恩惠下实行特赦和减刑。它因此就获得了两种极端形式都不能获得的一定的功效……在我们的时代,宽宥甚至更为广泛。”<sup>(8)</sup><sup>164</sup>

(三)依法治国深入发展的法治背景。“文化大革命”结束后,我们国家逐渐走上了法治的道路,毫无疑问,这是正确的选择。但也应当承认,我们在法治进程中,曾经出现过一些不太科学的认识。由于过去的历次特赦都是在没有刑法、刑事诉讼法的情况下实施的,带有浓厚的政策色彩,所以在重建法制后,就很容易把赦免看成是法制的对立面。其实,现代意义上的赦免已经不再是法制的对立面,而是依法行赦、依宪行赦。换句话说,现代国家为什么还会继续保留

发源于专制时代的赦免制度?其原因除了赦免制度本身所蕴藏的刑事政策意义外,还在于赦免制度在现代被赋予了新的内涵,即经过近、现代国家统治者或主权者的承继和改造,已经成为被吸纳进近、现代宪法的一项规范内容,并被构建成为一项宪政制度。正如美国的霍姆斯大法官所指出的:“赦免,在我们这个时代,不再是个人拥有权力发生的私人恩典,而是宪政的一部分。当实行赦免时,它是基于更好地服务于公共福利……”<sup>(9)</sup>可见,现代意义上的赦免是法治的产物,它必须在宪法和相关法律的规定之下实施,赦免法案的主旨在于“使从前的法外行动得以依法处理,或在于使已触犯法律的责任之个人得以依法救济”。<sup>(10)</sup><sup>127</sup>对赦免的这种辩证认识,无疑有助于在法治的层面激活对这一制度的讨论。

法谚云:“没有恩赦的法律是违法的。”作为一项在当今世界范围内通行的治国之术,我国不可能长期对赦免制度弃之不用。事实上,有学者就指出:尽管党和国家基于综合考虑最终没有在建国60周年之际采纳特赦的建议,但不可否认的是,应否适时行赦以及如何行赦,已经成为关涉国家法治发展和社会进步的一个重大现实问题。<sup>(11)</sup><sup>486</sup>

## 二、我国现有赦免制度的不足

我国现行法律涉及对赦免制度的规定主要体现在以下三个方面:

第一,《宪法》第67条在規定全国人民代表大会常务委员会的职权时,其第17项规定有“决定特赦”的权力;第80条在規定中华人民共和国主席的权力时,有根据全国人民代表大会常务委员会的决定“发布特赦令”的权力。

第二,《刑法》第65条和第66条关于累犯制度的规定中涉及赦免,其中第65条关于一般累犯的规定指出:“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子,刑罚执行完毕或者赦免以后,在五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是累犯,应当从重处罚,但是过失犯罪和不满十八周岁的人犯罪的除外。”第66条关于特别累犯的规定指出:“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子,

① 主张特赦的意见如高铭暄《建议国庆特赦》,载《南方人物周刊》2009年第9期;赵秉志《赦免制度适时而行》,载《法制日报》2009年2月25日。反对意见如周光权《不要轻率实行国庆特赦》,载《南方周末》2009年2月26日。

② 1997年新《刑法》已经废除了流氓罪,这是此次讨论的基本背景。

③ 美国学者巴西奥尼指出:“赦免……本质上是政府针对违反公共利益的罪行而给予的一种宽恕。”参见本文参考文献(5)。

在刑罚执行完毕或者赦免以后,在任何时候再犯上述任一类罪的,都以累犯论处。”

第三,《刑事诉讼法》第15条规定:“有下列情形之一的,不追究刑事责任,已经追究的,应当撤销案件,或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪”,“下列情形”包括六种,其中第三种是“经特赦令免除刑罚的”。

由上可见,我国关于赦免制度的法律规定零散而粗糙<sup>①</sup>,只是在宪法、刑法和刑事诉讼法的相关内容中有所涉及,这与当今许多国家和地区对赦免制度进行专门而系统的立法形成鲜明对照。具体而言,我国赦免制度的法律规定存在以下不足:

一是从赦免种类看,我国目前有明确的宪法依据的仅特赦一种,但从其他国家和地区关于赦免制度的规定来看,赦免制度一般应包括大赦、特赦、减刑和复权四种类型<sup>②</sup>。从下文的分析我们将可以看出,大赦、减刑和复权也有存在的必要。

二是即便特赦,宪法也是点到为止,只说全国人民代表大会常务委员会有决定特赦的权力,到底什么叫特赦,特赦的法律效果如何,全无规定。举个例子,关于特赦的法律效果,我国学界通说都认为特赦只能免除刑罚的执行,而不能使被特赦者的有罪宣告归于无效。由此出发,特赦也就只能在法院判决之后实行。但正如下文将要指出的,世界上的特赦其实并不只有一个模型,有的国家和地区就规定特赦既能免刑又能免罪,因而在适用时间上也可以实行于判决确定之前。可见,特赦的内涵最终还得取决于法律的规定。

三是关于特赦的程序规定付之阙如。现代法治背景下的赦免制度特别强调程序的完备和周密,这也是防止滥赦、保证赦免制度妥当运行的最重要环节。但我国无论是赦免(特赦)的启动、申请与决定,还是赦免(特赦)的机构,乃至赦免令(特赦令)的颁布、执行与监督等,都缺乏相应的法律规定。

上述缺陷使得我国以往的赦免实践带有很大的随意性和不规范性。例如,现在学界一般把1959年的特赦作为新中国首次特赦来阐述,其实这并不准确,因为早在1956年,最高人民检察院就根据全国人大常委会《关于处理在押日本侵略中国战争犯罪分子的决定》第1条第1项,即“对于次要的或者悔罪表现较好的日本战争犯罪分子,可以从宽处理,免予起诉”,先后分三次“免予起诉并立即释放”了1017名日本战犯。<sup>(12)186-188</sup>这一名为“免予起诉”的做法,其实就是赦免(类似特赦,但它又是针对尚未判刑的人,与我国关于特赦的通说有异),因为按通常做法,

免予起诉只能适用于那些情节轻微的犯罪人,而战犯绝对谈不上情节轻微。又如,我国1975年的特赦,事先按照过去六次的特赦标准(有改恶从善表现),有一批战犯无论如何通不过,但后来经毛泽东主席批示,所有战犯一律“特赦”。这其实是以特赦之名行大赦之实。正因此,有学者指出:我国从1959年到1975年的七次特赦,虽然同时具备通常所谓大赦和特赦的某些特点,却又有所不同,是一种具有中国特色的较为特殊的形式。<sup>(13)705</sup>

如果说在法制不健全的年代,上述赦免实践并不存在多大的合法性危机,那么随着我国法制的健全和法治的进步,赦免制度的这种事实上处于空白状态的立法现状<sup>③</sup>,几乎就注定了其被悬置的命运。笔者注意到,在近年来关于要否实行特赦的争论中,许多反对意见其实并不是反对特赦本身,而是出于对赦免无程序可循的担忧。例如,有人就指出:30年前,我们还是“政策治国”,一声令下,即可实行特赦,并不一定要经过严格的司法程序;如今,依法治国已经深入人心,特赦不仅要有法律渊源,更要有相应的规章制度和司法程序。然而,对于特赦,宪法虽然有此一说,但这只是一个原则性的规定,特赦的具体内容是什么?它有哪些类型?其范围和效力又是怎样?特赦由什么部门主管,又该如何执行?特赦出现问题后如何救济?在这些问题没有解决之前,仓促特赦,欲速则不达,搞不好还会沦为腐败的温床。<sup>(14)</sup>

这种担忧不无道理。其实,主张特赦的不少人士也看到了这一点。因此,要实行特赦,就要根据宪法的规定,制定一部完整、统一的《特赦法》,对于特赦的主体、特赦的对象、特赦的条件以及特赦应当遵循的法律程序等作出明确的规定。<sup>(15)</sup>

### 三、赦免制度的实体完善

完善我国的赦免制度,首先要从实体上完善赦免的种类。如前所述,我国宪法中规定的赦免制度仅限于“特赦”一种,这较之其他国家和地区,涵盖面太窄。从其他国家和地区关于赦免制度的规定来看,赦

<sup>①</sup> 例如,宪法和刑事诉讼法都使用“特赦”,但刑法却使用“赦免”,这种用词的不统一也说明了不同法律在这个问题上缺乏共识。

<sup>②</sup> 有的国家还不止这些,如日本还有刑罚执行的免除,美国还有罚金或没收的免除,韩国还有纪律处分或行政处罚的免除等。

<sup>③</sup> 说赦免制度的立法事实上处于空白状态,是因为宪法只是规定了全国人民代表大会常务委员会有决定特赦的权力,就如我们说宪法规定了人民法院有定罪判刑的权力,但如果没有相应的刑法、刑事诉讼法,等于定罪判刑还是无法可依。

免制度一般包括大赦、特赦、减刑和复权四部分<sup>①</sup>。在这方面,我国还需要在宪法及相关法律上补充资源,使我国的赦免制度内容更加丰富<sup>②</sup>。

### (一)关于大赦

我国1954年《宪法》明确规定了“大赦”:在全国人民代表大会行使的职权中,其中之一即“决定大赦”;而在“中华人民共和国主席”一节中规定:“中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定……发布大赦令和特赦令。”1975年《宪法》既没有规定大赦,也没有规定特赦,此后1978年和1982年《宪法》(即现行宪法)都只规定了特赦而没有规定大赦。

笔者认为,在宪法上增设大赦制度是必要的,主要理由如下:

1. 当今世界许多国家和地区的宪法上都有大赦制度,如美国、法国、德国、俄罗斯等大国的宪法均有此制度。我国从清末颁布的《钦定宪法大纲》,到《中华民国临时约法》,到后来的《中华民国宪法》,也都规定有大赦制度。现在我国台湾地区的“宪法”及其“赦免法”中也仍然有大赦制度。有关国际公约中也有大赦的内容,如我国已经签署的《公民权利和政治权利国际公约》,其中第6条第4项就规定:“任何被判处死刑的人均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。”又如,我国于1983年加入的《日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书(第二议定书)》第6条“刑事追诉”的第5款规定:在敌对行动结束时,当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而被剥夺自由的人,不论被拘禁或拘留,应给予尽可能最广泛的赦免。这里的“尽可能最广泛的赦免”理解为“大赦”比较适宜。此外,《联合国有条件判刑或有条件释放犯罪人转移监督示范条约》第12条规定:缔约国双方均可根据本国宪法或其他法律给予特赦、大赦或减刑。《联合国关于移交外国囚犯的模式协定》第四节“执行和赦免”中也规定:判决国和执行国均应有权特赦和大赦。<sup>(16)110</sup>

2. 虽然是否实行大赦是一个政治考量和决策的问题,需要结合一国的具体形势经过慎重决策而定,但这并不妨碍在宪法上为大赦预留一席之地。确实,随着社会的发展和法制的进步,基于频繁大赦所固有的诸多诟病,现代社会对大赦的适用呈现出越来越严格的趋势。但这并不意味着大赦就彻底丧失存在的根据,相反,作为一项制度,它被大多国家和地区的宪法所保留,并适时在实践中加以运用<sup>③</sup>。毕竟国家治理宜备有多个选项,以便形势需要时可用。诚如有学者

所言:“将大赦确定为今人即未来的先人处理或调节社会矛盾的一个选项,是一个不容回避和有极高价值期待的政治技术乃至政治艺术。”<sup>(17)</sup>

3. 事实证明,我国社会由于正处在转型时期,有些问题通过大赦来解决效果可能会更好。如针对民营企业的“原罪”问题,我国从中央到地方,相继颁布过一些政策性文件,强调“政法机关为完善社会主义市场经济体制创造良好环境”,因而对民营企业经营者在创业初期的犯罪行为,应尽量从宽处理。有学者就指出,若能通过大赦来解决此类法律难题,更为理想<sup>④</sup>。作为一个对照,我们可以看一下俄罗斯的做法:2005年3月,时任俄罗斯总统的普京为解决一些所谓的寡头的“原罪”,通过大赦实现了重大的政策调整。<sup>(18)</sup>

4. 有人认为,大赦存在诸多弊端,如不问犯罪人的悔过情况,只是根据政治的需要在一定时刻宣布一概消除罪与刑,会削弱法律的稳定性,降低刑罚的一般预防作用;使一部分尚有社会危害性的犯罪人回到社会,威胁社会治安,等等。<sup>(16)265</sup>但是,多数学者认为,不能因噎废食,应当留出制度空间,将大赦制度作为一种“国家紧急避险行为”规定下来,以便在必要时适用之,以保全社会公共利益。当然,由于大赦范围广,对其适用要采取十分慎重的态度,竭力避免滥用,在这方面,许多国家和地区正是这样做的,如要求更严格的程序等。另外,需要指出的是,对于大赦制度本身,也并不是一成不变的内容,而是可以随着时代的变化和结合本国的国情,作出一些改进和完善,如有的国家出现了附条件的大赦,如法国,往往给获得大赦者附加一定的条件或义务;<sup>(19)671</sup>还有的国家在实行大赦时,越来越多地考虑犯罪的社会危害的性质和程度、所处刑种以及犯罪人的个人情况。<sup>(20)825</sup>

还有人说,原本适用大赦的情况可以通过特赦来

<sup>①</sup> 有的国家还不止这些,如日本还有刑罚执行的免除,美国还有罚金或没收的免除,韩国还有纪律处分或行政处罚的免除等。

<sup>②</sup> 具体而言,在宪法上赋予赦免制度的正当性之后,可以专门制定《赦免法》。宪法对赦免的规定,既可以把现在的“特赦”改成“赦免”,而在《赦免法》中明确我国的“赦免”包括大赦、特赦、减刑和复权,也可以将大赦、减刑和复权明确规定到宪法中,与特赦一起作为我国赦免的具体种类。

<sup>③</sup> 例如,据《新京报》2012年1月15日报道,1月14日,缅甸政府依据总统吴登盛签署的大赦令,释放了651名在押人员,其中包括至少200名政治犯。另据《法制日报》2013年1月8日报道,2013年元旦,捷克总统克劳斯在获得总理联署后宣布,为纪念捷克共和国独立20周年实行大赦,大赦对象包括刑期不足1年的罪犯和刑期不到10年且年龄超过75岁的罪犯等;同一天,邻国斯洛伐克总统也宣布实行大赦,不过大赦对象仅限于因非故意犯罪入狱或健康有问题的囚犯。

<sup>④</sup> 当然,即使大赦,也不能由地方政府来实施,而应通过中央政府。参见本文参考文献(1),第279页以下,以及第391页。

解决,而不用依赖大赦来完成。<sup>(21)468</sup>诚然,传统意义上的大赦与特赦之间的一些界限现在在有的国家或地区确实正在消失,如传统认为,大赦罪刑皆免,特赦免刑而不免罪,但现在有的国家或地区的立法例规定,特赦在必要时也可以免罪<sup>①</sup>,而大赦也未必就罪刑皆免<sup>②</sup>。但这并不是说,大赦和特赦就是一回事了,一般而言,特赦的对象相对特定,而大赦的对象则相对不特定;特赦的规模较小,而大赦的规模要大;特赦只针对已判刑的人,大赦则可以针对尚未判刑的人。因此,特赦并不能完全取代大赦。如果仅仅是取消大赦之名,而将其内容渗入特赦,则反而不如明文规定大赦好,因为大赦制度由于范围和效力不同于特赦,往往要求在程序上给予更严格的限制。

(二)关于减刑

赦免性减刑不同于刑法典中的普通减刑。根据我国刑法的规定,普通减刑是指在刑罚执行过程中,对那些确有悔改表现或者有立功表现的犯罪人,依法对原判刑罚予以减轻的一种制度。二者主要的区别在于:首先,刑法中的减刑是针对特定的个别犯罪人的,不能对不特定的人适用;而赦免性减刑则既可以针对特定的个别犯罪人,也可以对不特定的全部犯罪人或者某一类或某几类的全部犯罪人适用。其次,即使赦免性减刑可以针对特定的个别犯罪人,也与刑法中的减刑不同,后者以犯罪人有悔改表现或者立功表现为前提,主要从犯罪人本身的状况出发,而前者则主要从刑事政策出发,根据国家政治形势的需要和社会发展之情况而定。再次,刑法中的减刑只能在犯罪人开始一段时间的服刑后才能适用,而赦免性减刑则既可以在犯罪人服刑一段时间后适用,也可在其刑罚一经宣告就予以减刑。而且,刑法中的减刑有幅度上的限制,如按照我国《刑法》第78条的规定,经过一次或几次减刑后实际执行的刑期,判处管制、拘役、有期徒刑的,不能少于原判刑期的1/2;判处无期徒刑的,不能少于10年。但赦免性减刑没有这种限制,其政策灵活性更大。

赦免性减刑可分为一般减刑和特别减刑。一般减刑又称全国性减刑或普遍性减刑,是指对不特定的犯罪人实施减刑的制度。一般减刑与大赦的性质有相通之处,一般依照大赦的程序颁行。特别减刑又称个别减刑或特定减刑,是指对特定犯罪人实施减刑的制度。特别减刑与特赦的性质有相通之处,一般依照特赦的程序颁行。

赦免性减刑的内容包括同一刑种内刑度的减轻和不同刑种的变更两种,也有国家分别对一般减刑和特别减刑规定了不同的减刑内容,如韩国《赦免法》

就规定:一般减刑,法律没有特别规定的,变更刑种;特别减刑,只减轻刑的执行,有特别理由的才可变更刑种。

在我国过去的赦免实践中,往往把赦免性减刑包含在特赦中,如1959年为庆祝建国10周年,当时的国家主席刘少奇根据我国人大常委会《关于特赦确实改恶从善的罪犯的决定》发布的《中华人民共和国主席特赦令》中,除了释放一批战争罪犯、反革命罪犯和普通刑事罪犯外,还对符合条件的死缓犯、无期徒刑犯作了减刑。<sup>(12)196-198</sup>在理论上,不同的学者有不同的理解,如高铭暄教授认为,特赦包括减刑;但张文显教授对特赦的理解就不包括减刑。<sup>(22)</sup>笔者认为,把赦免性减刑笼统地包含在特赦里,至少是不准确的。虽然我们过去的赦免实践是这么做的,但应当看到,那是法制不完备时期的产物。从世界其它国家和地区的通行做法来看,特赦不能包含减刑,如韩国《赦免法》规定:本法规定有关赦免、减刑和复权的事项,其中赦免分为一般赦免(即大赦)和特别赦免(即特赦),减刑分为一般减刑和特别减刑。我国台湾地区的“赦免法”规定:本法称赦免者,谓大赦、特赦、减刑及复权。从规范赦免的角度看,把赦免性减刑独立出来是必要的。

(三)关于复权

赦免性复权,是指国家对因受到有罪判决而终身或定期丧失或者停止某些权利或资格者,经过法定的程序恢复其权利或资格的一种制度。它也分为一般复权和特别复权两种:一般复权是指针对符合条件的不特定多数人实施的复权;特别复权是指针对特定人实施的复权。

许多国家和地区的刑法上也有复权制度<sup>③</sup>,我国虽然刑法上没有复权制度,但近年来也有不少学者主张增设该制度。<sup>(23)(24)</sup>需要指出的是,赦免性复权与刑法上的复权在性质上有所不同:刑法上的复权是作为一种刑罚制度出现的,其目的在于消除刑罚过剩,奖励犯罪人积极悔过和自我改造;而赦免性复权则是作为一种赦免制度出现的,其目的在于调节利益冲

① 如我国台湾地区的“赦免法”第3条规定“受罪刑宣告之人经特赦者,免除其刑之执行;其情节特殊者,得以其罪刑之宣告为无效。”

② 如意大利《刑法》就将大赦区分为免罪性大赦和免刑性大赦;韩国《赦免法》也规定,大赦在大总统令有特别规定的情况下,可不免罪。

③ 正如同自由刑需要有缓刑与假释等制度来救济其弊端一样,对于因受到有罪判决而终身或定期丧失或者停止某些权利或资格者,若经过一段时间而能洁身自好,法院应能依职权或申请,有条件提前恢复其权利或资格,以激励受刑人自新,此为刑法上的复权制度之价值。

突、衡平法律关系、弥补法律的不足。<sup>(1)259</sup>

我国的赦免制度中虽然没有明确规定复权制度,但在过去的赦免实践中存在过类似复权的做法,如1975年3月17日,全国人大常委会决定,对全部在押战犯一律特赦,并予以公民权。当时,国务院副总理兼公安部部长华国锋在代表病重的周恩来总理向全国人大常委会作专题说明时指出:“遵照毛主席的指示精神,对这次特赦释放的全部在押战犯,每人都给公民权;有工作能力的,安排适当的工作;有病的,和我们干部便一样治,享受公费医疗;丧失工作能力的,养起来;愿意回台湾的,可以回台湾,给足路费,提供方便,去了以后愿意回来的,我们欢迎。释放时,每人发给新制服装和一百元零用钱,把他们集中到北京开欢送会,由党和国家领导人接见,并宴请一次,然后组织他们参观学习。”<sup>(12)211</sup>据此,有学者认为,这里的给予公民权,即恢复他们的政治权利,实际上属于赦免性复权,只不过是它与特赦一同实施而不是单独实施罢了。<sup>(25)687</sup>笔者同意这一看法,同时也认为,有必要在我国的赦免制度中,专门把复权制度拿出来研究并加以规定。

综上,鉴于中国现行宪法仅规定了特赦这一单一的赦免类型,而立法过于简略,赦免实践中的特赦又兼具传统大赦、特赦的双重特点,且有时与赦免性减刑、赦免性复权等混为一体,为了规范赦免的具体类型,避免赦免法定类型与实践类型的脱节以及由此导致的赦免适用的随意性,同时根据各种复杂的案情对被追诉人和被判刑人适当、合理地适用不同类型的赦免,有必要在我国宪法和相关法律中将赦免类型法定化。<sup>(26)226-227</sup>具体而言,我国的赦免种类至少应当包括大赦、特赦、减刑和复权四种,其中减刑又分为一般减刑和特别减刑,复权也分为一般复权和特别复权。在此前提下,可再分别规定其法律后果、适用范围<sup>①</sup>、附加条件<sup>②</sup>等等。

#### 四、赦免制度的程序完善

##### (一) 关于赦免的启动、申请与决定

根据不同的赦免类型设置不同的赦免程序,这是世界各国的通例。在此,先不妨将大赦、一般减刑和一般复权统称为一般赦免,将特赦、特别减刑和特别复权统称为特别赦免。一般赦免特别是大赦,因其适用范围广,社会影响大,各国一般都将其交给议会等最高权力机关来自上而下启动,如韩国规定,大赦除经过国务会议(由大总统主持的一种政府会议)的审议,并以大总统令限定所适用的罪名外,还需得到国会的同意;法国的大赦须经国会审议;俄罗斯的大赦

由俄罗斯国家杜马审议。因此,我国在赦免制度的设计中,应将一般赦免的启动权赋予中共中央或国务院,由其向全国人民代表大会建议,再由全国人民代表大会来决定是否要实行一般赦免。

与一般赦免的自上而下启动模式不同,特别赦免在许多国家和地区均主要采取自下而上的启动模式,通常由当事人或其亲友、律师等申请启动,或由检察官和监狱等机关依职权提请启动。例如,日本的个别恩赦(即特赦)启动于当事人申请,或由教导所所长等依职权提请;俄罗斯特赦可由被判刑人或其亲友申请或社会团体、刑罚执行机关提请;美国特赦的启动主要源于当事人的申请。<sup>(26)246</sup>

据有的学者考证,中国古代的当事人申请赦免的自下而上启动模式也比皇帝及其他官员的定期或不定期录囚制度更为常见。<sup>(26)250</sup>但新中国成立以来七次特赦实践,都是自上而下的启动模式,即由全国人大常委会根据党中央或国务院的建议来审议决定并由国家主席颁令实行(第七次没有国家主席颁令这一环节)。当然,如前所述,这几次特赦中有的本来就带有大赦的性质,即使属于特赦性质的,也不是个别特赦,因而采取自上而下的启动模式,未尝不可。

但从完善特别赦免程序的角度来看,我国应该借鉴国外和我国古代的做法,在特别赦免中实行自上而下和自下而上相结合的启动模式,亦即在保留自上而下的启动模式的同时<sup>③</sup>,增加自下而上的启动模式。具体而言,可分为以下两种情形:

一是司法行政机关可以作为特别赦免提请主体,向中央赦免机构提出特别赦免建议,并负责提供相关调查材料。这一类自下而上的启动主要针对符合特别赦免条件的特定多数被判刑人,也就是说,根据国家形势的需要,觉得有必要对这些人实行特别赦免的,可以提出建议和申请。如我国1997年新《刑法》已经废除了投机倒把罪、流氓罪等罪名,那么过去因这些罪而被判刑如今仍然关押在监狱中的到底还有多少人,假如把这些人统计上来后觉得有必要提请特赦的,就可以由刑罚执行机关上报司法行政机关提请

① 从总体而言,“赦免恩德,如同甘露普化”应可以对一切犯罪和犯罪人都可以适用,但具体而言,每次赦免时可以有一定范围的限制,如我国台湾地区从20世纪50年代以来的三次“全国性”减刑条例中,均规定对“重大犯罪”不予赦免,但在个案中,仍然可以对“重大犯罪”予以赦免,如1957年对黄百韬之子黄效先的赦免即属此例。参见阴建峰《现代赦免制度论衡》,中国人民公安大学出版社2006年版,第271页。

② 无论对一般赦免者还是特别赦免者,均可附加一定的条件,以便更好地实现刑罚目的、维护社会秩序。这些附加条件必须是法定的,但在具体适用时可以视情况而定。

③ 如为了外交的需要,国家主动特赦某一国的间谍等罪犯。

特赦。

二是被判刑人本身或者其近亲属或者其委托的律师,可以作为特别赦免的申请主体,在符合条件的情况下提出申请。这其中,凡是被判处死刑的,一律赋予其无条件的申请特别赦免权(关于死刑案件的特别赦免程序,后文将专门阐述);至于被判处其他刑罚的,则可以在满足一定的条件下赋予其申请权(如在判决后已经服刑一定期限,赦免申请被驳回后必须经过一定的期限才可重新申请等)。

至于有学者指出:“总体上看,一般赦免程序较之特别赦免程序规定相对粗略。”<sup>(26)241</sup>对此,笔者的理解是:一般赦免除了宪法和赦免法或者刑法、刑事诉讼法规定的一般程序外,每次在实行一般赦免时,还要由议会等立法机关通过专门法令来施行,因此详细的一般赦免程序其实是在此类专门法令中得以体现的;而特别赦免由于在实践中施用要更为频繁,且在许多国家和地区均体现为行政权,由国家元首决定和颁行(联邦制的国家在州一级还可由州长直接行使)因而需要事先加以详细规制。

我国现行《宪法》规定,特赦由全国人大常委会审议决定、国家主席发布特赦令。从今后完善的角度考虑,宜把个案的特别赦免和多案的特别赦免分开来,后者仍然可由全国人大常委会来审议决定,但前者应通过修改宪法,将特别赦免的决定权由目前的立法机关(即全国人大常委会)转移到国家元首(即中华人民共和国主席)上来。也就是说,个案的特别赦免申请经由一定程序上达国家主席后,国家主席便可咨询相关机构和人士,如决定特别赦免,就可以特别赦免令的形式颁行,这样可以更好地保证特别赦免制度适用上的快捷、迅速,以及时回应社会关切和犯罪人的个人情状。<sup>(16)278</sup>

(二)关于专门赦免机构的设立

这主要针对特别赦免而言。世界上许多国家都设有专门的赦免机构,如俄罗斯总统办公厅设有特赦局,其负责起草和准备有关特赦问题的实质性文件和材料,拟成后送交俄罗斯联邦总统特赦问题委员会,该委员会负责审议并提出解决的办法建议。这些建议通过总统办公厅呈报总统,最后由总统对特赦及其性质作出最终的决定。<sup>(20)830</sup>美国的联邦赦免申请由司法部下属的赦免事务办公室受理和审查,而各州的赦免则由州赦免事务委员会审查。日本也专设有“中央更生保护审查会”来处理赦免事宜,为法务大臣下属机关,一般由5名委员组成,委员都须经国会两院同意,法务大臣任命,其主要工作之一即调查犯罪人资料并初步决定可赦之人,呈报法务大臣,还接

受“监狱长”、“保护观察所所长”及“有罪判决宣告法院检察处之检察官”提出的赦免申请。其他如法国,也在司法部下设有特赦事务司。<sup>(16)152-153</sup>

由专门的赦免机构来处理赦免的相关事宜,有助于集中专门的业务人员和力量,有针对性地解决赦免申请的受理、审查、建议、通知执行等有关赦免的各个环节的问题,提高处理赦免问题的专业性和效率,也是使赦免常态化的必要之举。我国没有这类专司赦免申请受理与审查的机构,从健全赦免制度的规范看,应当设立这样的机构。具体设想如下:

1. 在全国人大常委会下设赦免事务委员会,该委员会的组成人员应来自公安、检察、法院、律师、法学教授以及其他民意代表<sup>①</sup>,可以设立办公室作为日常运转机构。

2. 委员会的主要职责是:负责大赦等一般赦免的调查、建议和咨询;负责受理特别赦免的提请和申请;负责审查特别赦免的可行性,并上报有关调查材料;起草特别赦免建议要点,等等。

3. 在审查赦免个案申请时,首先应看是否已是最后补充救济途径,即是否已穷尽法律内的一切救济渠道;其次,应考察是否有适宜特别赦免的因素,如查明原审判决所依据的法律是否已经作出有利于被判刑人的变更,或者有无国防、外交等方面的特殊考虑,或者存在错判、误判之可能,有必要通过特别赦免渠道来救济的;再次,特别赦免一般还应考虑以下一些因素,如被判刑人的监内改造表现、人身危险性大小,被特别赦免后的就业等情况,原处理案件的法官、检察官的意见,被害方的意见等。

4. 赦免事务委员会的意见不具有直接约束赦免权的法律后果,但实际上会对赦免决定产生影响,如国家元首等赦免权行使主体在没有特别理由的情况下仍不顾赦免事务委员会的否定性意见,执意行赦,就会面临道义和政治上的责任和压力,这在当代民主社会,显然会对制约不当赦免产生积极影响。

(三)关于赦免令的颁布、执行与监督

如前所言,在完善我国的赦免类型后,一般赦免的决定权应由全国人民代表大会来行使,在全国人民代表大会通过一般赦免令之后,再由国家主席来颁布。一般赦免令的内容既可以是赦免,也可以是一般减刑,或者一般复权,或者大赦兼复权。需要指出的是,过去在中国的赦免实践中(虽名义上均为特赦,

<sup>①</sup> 其中法官应占约1/3的比例,因为赦免本质上具有变更法院所作出的判决的效果,有必要让法官来考虑与其他判决之间的平衡问题;律师、法学教授以及其他民意代表也应占约1/3的比例,以便能够比较准确地反映国民的意向。

但有的特赦带有大赦的性质),立法机关通过的赦免决定往往比较简单,而国家主席据此发布的赦免令则详细规定其实质内容和条件,这意味着国家主席对特赦的具体内容有实质决定权。笔者认为,这种做法应当改变,一般赦免令本身必须详细载明一般赦免的类型、罪种、刑期标准等内容,以及执行一般赦免法令的环节和程序,全国人民代表大会通过后,国家主席不宜再另行发布含其他实质内容的一般赦免令,只应履行《宪法》第80条规定的根据全国人民代表大会的决定而公布法律的职能。

至于特别赦免,按照前面笔者的设想,决定权一分为二之后,个案的特别赦免由国家主席直接决定并颁发特别赦免令(或特赦、或特别减刑、或特别复权,或特赦兼复权),多案的特别赦免则在由全国人大常委会决定后再由国家主席以特别赦免令的形式颁行,同样,后者的具体内容应由全国人大常委会来决定,国家主席的特别赦免令不应再创制新的内容。

关于赦免令的执行,目前我国也缺乏明确的规定。从过去的赦免实践看,一般是在全国人大常委会通过“特赦”决定、国家主席颁布“特赦令”后,根据特赦令中要求的特赦条件,由罪犯管理机关在对罪犯进行严格审查后,经过最高人民法院批准并决定,由最高人民法院发给特赦通知书。<sup>(12)</sup>198-199

就完善我国的赦免制度而言,对一般赦免令的执行可作如下构想:一般赦免令发布后,有关追诉、审判和刑罚执行机关应在第一时间告诉相关被追诉人和被判刑人,要求其协助收集相关证明材料,由其本人或委托律师或其他人员拟定一份符合此次一般赦免条件的报告,然后将该报告和相关证明材料报送管辖法院初步审查后层报最高人民法院。最高人民法院对其进行审查后发放一般赦免通知书,载明:根据一般赦免令,被追诉人和被判刑人哪些具体情况符合一般赦免令的哪些具体规定,从而对其产生何种具体的赦免效力。一般赦免通知书应分别送达被追诉人和被判刑人的管辖法院、被追诉人和被判刑人本人,以及对被追诉人和被判刑人进行追诉或执行刑罚的机构。<sup>(26)</sup>246-249

对特别赦免令的执行,我们要改变过去那种先颁发特赦令再审查犯罪人的有关情况、并根据审查意见由最高人民法院确定特赦的具体名单的做法,而应当根据提请或申请,先由赦免事务委员会初步审查,再视情况分别报国家主席或全国人大常委会决定,特别赦免令应直接写明被赦人的姓名,并载明特别赦免的原因、具体类型、效力、附加条件等。

无论一般赦免令还是特别赦免令的执行,都需要

遵循公共政策执行领域的监督原理,<sup>(27)</sup>加强对执行过程的监督,以确保实现政策的本来目的。特别是一般赦免令的执行,由于牵涉面广,加之一般赦免令本身常常不直接确定具体的赦免名单,因而更需要在执行中采取听证等公开、透明的措施,以免出现腐败等影响赦免声誉的现象。

### 五、死刑案件特别赦免程序之构想

在特别赦免中,有一类案件值得专门研究,这就是死刑案件。根据《公民权利与政治权利国际公约》第6条第4项的规定:“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。”我国已经签署该公约,并正在为批准该公约做准备。鉴于我国短期内不可能废除死刑,因此需要在死刑案件中增设申请特别赦免程序,以满足公约在这方面的最低人权标准<sup>①</sup>。

增设申请特别赦免程序也是完善办理死刑案件刑事诉讼制度的需要。我国《刑事诉讼法》第251条规定:下级人民法院收到最高人民法院执行死刑的命令后,若发现下列情形之一的,应当停止执行并立即报告最高人民法院,由最高人民法院作出裁定:1.在执行前发现判决可能错误的;2.在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现,可能需要改判的;3.罪犯正在怀孕。最高人民法院在1999年《关于对在执行死刑前发现重大情况需要改判的案件如何适用程序问题的批复》中指出:对上述需要改判的案件,由有死刑核准权的人民法院适用审判监督程序依法改判或者指令下级人民法院再审。但问题是,根据我国刑事诉讼法的规定,刑事案件再审的理由是原生效判决“确有错误”,而《刑事诉讼法》第251条规定的第二种情形,即死刑犯在死刑执行前揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现的,这种改判理由并不是因为原判决在认定事实和适用法律上有错误;第三种情形的改判理由也不一定是原判决在认定事实和适用法律上有错误,因为该妇女可能不是“审判时正在怀孕的”,而是在审判后才受孕,甚至是判决生效

<sup>①</sup> 可以说,死刑犯申请特赦或减刑已经成为一项国际公认的权利,其他如联合国《关于保护死刑犯权利的保障措施》第7条也规定:任何被判死刑的人“有权寻求赦免或减刑”;《美洲人权公约》第4条也规定:任何一个被处死刑者“都有权请求赦免、特赦或者减刑”。



后才受孕<sup>①</sup>,对在审判后才受孕的女死刑犯进行改判,是基于人道主义和避免株连另一无辜生命的考虑,也是《公民权利与政治权利国际公约》第6条第5项规定的“怀胎妇女被判死刑,不得执行其刑”的要求。因此,笔者同意对此两种情形构建一个新的程序即死刑赦免程序来加以解决。<sup>(28)</sup>

或许有人会说,我国的死刑案件已经有了一套普通刑事案件所没有的复核程序,已经体现了对死刑案件的特别重视,该复核程序可充当前述特别赦免程序的功能。对此,笔者的意见是否定的。首先,死刑复核程序是一套司法程序,而特别赦免程序是独立于司法机关之外的另一套程序。在死刑核准之前,死刑判决仍然是未生效的判决,但特别赦免程序则是在判决已经生效的情况下才提起。其次,死刑复核并不能代行特别赦免的功能,如对独生子女犯死罪的,在死刑复核环节必须坚持法律面前人人平等,但从国家施仁政的角度来看,也许在赦免上就可以找到理由。又如,对被判死刑后患精神病或绝症的罪犯,可以赦免,但复核就不一定能从法律上找到免死的依据(除非在立法上明确规定此种情形下不可以核准死刑)。再次,在一审、二审和复核之外再加一套特别赦免程序,一点都不算多。许多教训表明,经过三级司法审查后仍然不能发现死刑案件的全部错误。即便像美国这样死刑案件诉讼程序近乎漫长的国家,近年来仍不断爆出无辜者被错误定罪、其中不少差点被错误执行死刑的消息<sup>②</sup>。

在具体设计死刑特别赦免程序时,有以下问题需要注意:

1. 死刑特别赦免机关。有论者认为,赦免死刑的机关应是最高人民法院。<sup>(28)</sup>这种意见值得商榷,因为在死刑核准权统一收回后,最高人民法院目前已经行使死刑核准权了,再将赦免权赋予它,在实际工作中核准权和赦免权就将由同一机构来行使,这样可能会带来机制上的不顺,导致效果不佳。例如,最高人民法院先核准死刑,再赦免死刑,即使是由不同的部门决定,也难免对最高人民法院决定的严肃性产生一定的冲击。因此,对于死刑案件的特别赦免程序,还是宜遵循前述笔者所构想的特别赦免程序,即个案的特别赦免由国家主席直接决定并颁布特别赦免令,多案的特别赦免则在由全国人大常委会决定后再由国家主席以特别赦免令的形式颁行<sup>③</sup>。

2. 死刑特别赦免类型。死刑犯申请的特别赦免类型以减刑为妥,不宜特赦和复权。特赦,即免除死刑犯的刑罚,走得太远,社会公众难以接受。相应地,由于赦免性复权以刑罚执行终了或刑罚执行免除为

前提,而死刑案件还没有到这一步,所以也不存在赦免性复权。不仅如此,这里的赦免性减刑也应有所限制,即不应无限制地减刑,一般减刑为死刑缓期两年执行即可。因为毕竟经过了前面的一审和二审以及复核程序,所以到这一关不宜步子迈得太大。

3. 死刑特别赦免对象。主要包括:一是前面所说的《刑事诉讼法》第251条规定的两种情形,即死刑犯在死刑执行前揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现的,以及死刑犯在审判后怀孕的。二是对被判死刑后患精神病或绝症的罪犯,应准予减刑。三是对于年老或青少年罪犯。我国《刑法》虽然规定对犯罪的时候已满18周岁的人可以判处死刑,但如果被处死刑者仍然是青少年(特别是如果刚过18周岁),还是应当在其申请赦免时视其具体案情给予考虑。另外,《刑法修正案(八)》虽然增加规定了对审判的时候已满75周岁的人一般不适用死刑,但如果老年罪犯还没到75周岁(特别是马上就要到75周岁),因而被判处死刑的,仍然有根据案情需要通过特别赦免来减刑之必要。四是弱智罪犯和新生婴儿母亲罪犯。美国最高法院早些年曾有一个判决,认为处决弱智罪犯违反了美国宪法第8条规定的“不得施加残忍的和异常的惩罚”,从此禁止对弱智犯执行死刑。<sup>(29)</sup>罪犯的智商问题,现在科学上已经能够得到解决,因而笔者认为对弱智罪犯不执行死刑也是人道主义的体现。同样出于人道主义的考虑,对新生婴儿的母亲罪犯也应不执行死刑。如果这些人被判处死刑,应当尽量考虑通过特别赦免来减轻其刑。五是对于独生子女罪犯,特别是几代单传的,或者父母已经无法再生育的,如果被判处死刑,也应当尽量考虑通过特别赦免来免其一死。当然,并不是不加区别地对所有独生子女罪犯都可一律免死,还要看具体案情。六

① 有人可能会说,审判后或判决生效后犯人被关在看守所里,怎么可能怀孕呢?但这种可能性在现实中确实存在,如有的女死刑犯勾引看守所的干警与其发生性关系致其怀孕,还有的女死刑犯被看守所所长等人强奸而致怀孕。例如,《江南时报》2000年7月15日以“谁令死刑无法执行”为题,报道了一名“血债累累、罪大恶极”的女囚,在看守所内被看守所所长等人多次强奸致其怀孕,结果本应处以死刑的她被判改判无期徒刑。

② 需要指出的是,国内有媒体报道美国有许多无辜者被处死(参见王菊芳:“二十七年全美近百人蒙冤而死 伊州死刑大赦引起强烈反响”,《检察日报》2003年1月14日),但在一次国际会议上,有美国学者告诉我,这个消息是不准确的,正确的说法应当是:“不可能确切知道,但也有无辜者被执行了死刑。”(参见DPIC网站,DPIC是Death Penalty Information Center的简称,即“死刑信息中心”)根据这个信息,我们至少可以看出,美国尚无明确被证明是杀错了人的冤案,这说明它的死刑案件诉讼程序近乎漫长还是比较有效地保证了死刑案件的质量。

③ 如果需要死刑案件进行一般赦免时,则遵循一般赦免的程序。

是出于外交等因素考虑的某些案件,如我国 2009 年判处英国毒贩阿克毛死刑并随后处决,不仅在英国,甚至在欧盟都引起强烈“地震”,因为包括英国在内的欧盟早已废除死刑,但依据我国法律,似乎不判其死刑又没有法律根据,类似案件如果有特别赦免程序,则可先由法院判处其死刑,然后再借助特别赦免这一渠道,将其减刑。七是出于其他国际、国内因素的考虑,或者案件本身的特殊情况需要用特别赦免来调节法律的刚性的。

4. 死刑执行期限。与死刑特别赦免制度相关的一个问题是,按照目前我国《刑事诉讼法》的规定,死刑一旦核准,就将在 7 天内执行死刑,这一间隔早已被学界批评为太短,若从构建死刑特别赦免制度而言,也必须延长死刑执行的期限,否则可能还没来得及启动特别赦免程序,死刑就已经执行了。笔者认为,把死刑执行期限由现在的 7 天改为 6 个月比较适宜,当然如果在这期间死刑犯提起特别赦免程序,则自当等该程序走完,而不必局限于 6 个月。

#### 六、结语:制定《中华人民共和国赦免法》的建议

从世界各国和地区的赦免立法模式看,在确立了赦免宪法性基础的前提下,有分散型和法典化两种立法模式,前者体现为在刑法、刑事诉讼法中分别规定赦免的实体和程序内容,后者则是制定专门的赦免法。笔者认为,制定一部专门的《赦免法》对我国来说比较科学,也比较可行,理由如下:

首先,从 1979 年我国颁布刑法、刑事诉讼法以来,我国的赦免制度长期处于边缘化状态。无论是宪法还是刑法和刑事诉讼法,对赦免制度的规定都“过于概括和原则,内容单薄、疏漏,缺乏可操作性……具体规定根本达不到‘制度’的层次”。<sup>(16)204</sup>实践中赦免制度也被长期搁置,人们对建国后几次特赦的印象也还停留在政策性、随意性大的记忆中,仿佛赦免是与法治相对立的产物。近年来关于国家特赦甚至大赦的建议此起彼伏,但由于该领域无法可依,因此各种建议也五花八门。为了激活赦免制度并规范其运行,在完善宪法关于赦免的基本类型的前提下,制定一部专门的赦免法,实有必要。

其次,现在很多国家或地区都将赦免扩大适用到行政性处罚和纪律性制裁上来,如韩国 2002 年为庆祝世界杯的举办,减免违章累积积分等约 481 万名,其所依据的就是韩国《赦免法》第 4 条的规定:“关于对违反行政法规规定行为的犯则或惩罚,或者根据惩戒法规的惩戒(相当于纪律处分)或惩罚的免除,应准用赦免的规定。”在我国,由于行政处罚和行政处

分的范围比较广,特别是还包括了劳动教养和治安处罚等诸多可以剥夺人身自由的处罚,赦免更应准用于这些领域,否则就不公平。实践中,有的事例也可以为我们提供进一步的思考,如 2008 年汶川地震时,广州市司法局“特赦”了 29 名川籍劳教人员,让其回去参与救灾。虽然“按照国家的政策,我们可以有给余期三个月以下的劳教人员减期的权限”,但“因为自然灾害而为劳教人员减期,这在国内还没有人尝试过”。<sup>(30)</sup>这其实是一种典型的“特赦”,也说明在今后的赦免制度运行中,把劳教等考虑在内的合理性。这种准用性赦免的内容放到刑法或刑事诉讼法中都不妥,最好是明文规定在专门的赦免法中。

再次,那些对赦免持分散型立法的国家和地区,一般都是在赦免早已成为习惯、通过长期的法治发展而形成的,对于我国这样一个需要重新在法治基础上激活赦免制度的成文法国家而言,专门立法是最有效率、最能保证依法行赦、使赦免制度严格沿着法治的轨道运行的理想选择。尽管像大赦这类赦免,每次都需要立法机关单独出台法令,但那只是在大赦的具体内容上,如每次大赦的范围等。对于包括大赦在内的各种赦免,大至法律效力、一般程序,小至赦免状(减刑状、复权状)的颁布、送达,都需要详细加以规定。特别我国正处于建设社会主义法治国家的进程中,社会的规范意识还亟待强化,公众对司法腐败有极大的关切,在这样一种情况下,通过专门立法,一方面可以重拾赦免这一重要的治国艺术,另一方面也能确保其有序运行。

曾有美国学者疑惑地发问:为什么现代社会在法院提供了如此精细的法律标准和诉讼程序后,还要允许赦免的存在呢?其追问的结果是:法律并不是完美的,当法律制度自身不能实现正义结果时,有赖赦免来施以正义;当法律制度在个案中过于严厉时,有赖赦免来施以仁慈。<sup>(31)260</sup>其实,赦免的功能还不止于此。作为一项重要的刑事政策,它在对内赢得民心、凝聚民意、对外维护国家利益、树立国家形象等多方面均具有难以取代的作用。我国赦免制度的法律规范不健全和实践中的长期搁置,不仅导致赦免的积极功能没有得到有效的发挥,而且滋长了潜规则的流行,甚至带来法治上的困惑,如我国实践中对某些特殊罪犯采取“保外就医”的做法,其实这些人并不是因为身体健康的原因,只不过借这个制度来实现别的

目的罢了<sup>①</sup>。又如,实践中对某些外国间谍判处有期徒刑,但并没有执行,就将其驱逐出境,这显然有违我国相关法律,也是对法院判决的不尊重。如果对此类案件适用赦免措施,则能在维护法律权威的同时,妥善化解法律难题。

我国正处于社会和法律的转型期,恰当运用赦免制度,可以更好地实现社会正义。为此,借鉴其他国家和地区的经验,制定一部符合中国国情的《中华人民共和国赦免法》,明确赦免实施的各项实体和程序条件,使之真正成为国家在适当时机实现善治的一个

选项,这正是本文研究的初说衷。

<sup>①</sup> 例如,曾为新疆首富的热比娅于2000年以向境外组织非法提供国家情报罪被判8年有期徒刑,2005年,在其允诺“出境后绝不参与危害中国国家安全的任何活动”后,司法部门同意其申请“保外就医”。又如,陈伯达于1980年被最高人民法院特别法庭判处有期徒刑后,1981年就获准“保外就医”。本来按照《刑事诉讼法》的规定,“保外就医”只能适用于“有严重疾病”的罪犯,但这两个例子都反映出,“保外就医”其实是为了实现更重要的政治目的。

## 参 考 文 献

- (1) 阴建峰. 现代赦免制度论衡 (M). 北京:中国人民公安大学出版社, 2006.
- (2) 刘仁文. 2008, 能否成为中国特赦年? (N). 南方周末, 2007-12-13.
- (3) 封利强. 别把奥运与刑事司法挂钩 (N). 检察日报, 2008-01-02.
- (4) 马守敏, 孟会玲. 最后的“流氓”能否被特赦? (N). 人民法院报, 2011-01-15.
- (5) Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, Inc., Ardsley, New York, 2003, p. 705.
- (6) 靳高风. 2010年中国犯罪形势分析及2011年预测 (Z) // 李林. 中国法治发展报告(2011). 北京:社会科学文献出版社, 2011.
- (7) 蒋娜. 宽严相济刑事政策下的死刑赦免制度研究 (J). 法学杂志, 2009, (9): 45-48.
- (8) (美) 弗里德曼. 选择的共和国 (M). 高鸿钧, 等译. 北京:清华大学出版社, 2005.
- (9) Clifford Dorne, Kenneth Gewerth, Mercy in a Climate of Retributive Justice: Interpretations from a National Survey of Executive Clemency Procedures, New England Journal on Criminal and Civil Confinement Summer, 1999.
- (10) (英) 戴雪. 英宪精义 (M). 雷宾南, 译. 北京:中国法制出版社, 2001.
- (11) 阴建峰, 王娜. 现代赦免制度重构研究 (M). 北京:中国人民公安大学出版社, 2011.
- (12) 郭金霞, 苗鸣宇. 大赦·特赦——中外赦免制度概观 (M). 北京:群众出版社, 2003.
- (13) 马克昌. 刑罚通论 (M). 武汉:武汉大学出版社, 1999.
- (14) 彭兴庭. 特赦前提是制度化和程序化 (N). 华商报, 2009-02-18.
- (15) 吴情树. 特赦, 我们准备好了吗? (N). 检察日报, 2008-01-02.
- (16) 陈东升. 赦免制度研究 (M). 北京:中国人民公安大学出版社, 2004.
- (17) 陈云生. 重建大赦制度的现实基础 (J). 法治研究, 2010, (3): 21-28.
- (18) 陈云生. 大赦经纬 (J). 国家检察官学院学报, 2010, (1): 54-66.
- (19) (法) 卡斯东·斯特法尼, 等. 法国刑法总论精义 (M). 罗结珍, 译. 北京:中国政法大学出版社, 1998.
- (20) (俄) 库兹涅佐, 佳日科娃. 俄罗斯刑法教程(总论)(下卷·刑罚论) (M). 黄道秀, 译. 北京:中国法制出版社, 2002.
- (21) 于志刚. 刑罚消灭制度研究 (M). 北京:法律出版社, 2002.
- (22) 王媛. 特赦就是让百姓看到国家还是有它的“仁政” (J). 南方人物周刊, 2009, (9): 15-16.
- (23) 刘德法, 王冠. 论刑法中的复权制度 (J). 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2003, (6): 52-55.
- (24) 彭新林. 略论刑法中的复权制度 (J). 中国青年政治学院学报, 2006, (2): 93-98.
- (25) 高铭喧. 刑法学原理(第三卷) (M). 北京:中国人民大学出版社, 1994.
- (26) 陈春勇. 赦免及其程序问题研究 (M). 北京:中国人民公安大学出版社, 2010.
- (27) 刘仁文. 论刑事政策的执行 (M) // 刑事法评论(第11卷). 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- (28) 竹怀军. 论我国死刑赦免制度的构建 (J). 湖南师范大学社会科学学报, 2004, (5): 31-35.
- (29) 刘仁文. 弱智罪犯不执行死刑之启示 (N). 检察日报, 2003-01-17.
- (30) 廖杰华, 等. 广州29名川籍劳教人员获“特赦”赴灾区救贖 (N). 广州日报, 2008-06-25.
- (31) (美) 琳达·E·卡特, 等. 美国死刑法精解 (M). 王秀梅, 等译. 北京:北京大学出版社, 2009.

(本文责任编辑 付玉明)