

死刑改革的重要进展

——以《刑法修正案(九)》为视角

刘仁文 陈妍茹

(中国社会科学院法学研究所 北京 102488)

内容提要:《刑法修正案(九)》在《刑法修正案(八)》首次削减13个罪名的死刑基础上,进一步削减了9个罪名的死刑,且不像《刑法修正案(八)》那样仅限于经济性、非暴力犯罪的死刑罪名,而是扩大到军职罪和不严重的暴力犯罪。同时,《刑法修正案(九)》还提高了死缓执行死刑的门槛,增设了死缓执行的期间重新计算制度;并将绑架罪、贪污罪和受贿罪的绝对确定死刑修改为相对确定死刑。这些修改拓展了中国死刑改革的视野,为下一步继续推进死刑改革提供了积极信号。

关键词:死刑罪名 死缓执行门槛 绝对确定死刑

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2017.02.009

以2007年最高人民法院收回死刑核准权为标志,中国进入一个严格限制死刑的时期。虽然死刑的数字迄今还不能公开,但学界公认的事实是,自收回死刑核准权以来,每年的死刑执行与之前相比,至少减少了一半以上。^①死刑的大幅减少并没有带来犯罪形势的恶化,(一

些严重犯罪甚至还稳中有降)^②,也没有带来民意的阻力(相反,还受到国内外主流民意的好评,认为中国的刑法变得更加人道了)。受此鼓舞,2011年《刑法修正案(八)》(以下简称《修八》)首次在立法上削减死刑罪名,^③一次性取消了13种经济性、非暴力犯罪的死刑。2015年

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

陈妍茹(1977—),女,汉族,甘肃平凉人,中国社会科学院法学研究所博士研究生。

本文为2011年度国家社科基金项目“立体刑法学”(项目编号:11BFX129)的阶段性成果。

① 参见赵秉志《死刑改革之路》,中国人民大学出版社2014年版,第31~32页;刘仁文《死刑的全球视野与中国语境》,中国社会科学出版社2013年版,第14页。

② 2008年时任最高人民法院院长的肖扬曾向人大代表透露:死刑执行减少了,由于运用多种形式打击刑事犯罪,依然能保障社会稳定,甚至2007年的爆炸、杀人、放火等恶性案件比2006年还有明显下降。2014年全国人大常委会法工委主任李适时在作《刑法修正案(九)》草案的说明时指出,《刑法修正案(八)》取消13个犯罪的死刑后,社会治安形势总体稳定可控,一些严重犯罪稳中有降。实践也证明,取消13个罪名的死刑没有对社会治安形势形成负面影响,社会各方面对减少死刑罪名反应正面。

③ 1997年《刑法》将盗窃罪适用死刑的情形限制在盗窃金融机构数额特别巨大和盗窃珍贵文物情节严重两种情形,等于废除了普通盗窃罪的死刑,这对减少死刑作用很大(因为当时盗窃罪在实践中是死刑大户),但由于盗窃罪这个罪名的死刑还保留,所以说直到《修八》才真正从立法上首次取消死刑罪名。

《刑法修正案(九)》(以下简称《修九》)再次减少死刑,并对死刑的相关制度进行改革,引起国内外瞩目。

一、进一步取消9个罪名死刑,死刑罪名减至46个

修九取消了走私武器、弹药罪,走私核材料罪,走私假币罪,伪造货币罪,集资诈骗罪,组织卖淫罪,强迫卖淫罪,阻碍执行军事职务罪,战时造谣惑众罪这9个罪名的死刑。虽然在修正案草案征求意见过程中,一些全国人大常委会、单位和公众对取消如此多的死刑罪名提出疑问,担心步子迈得太大了,^④但立法机关经过努力,最后还是顺利取消了这9个罪名的死刑。这主要是基于以下背景和考虑:

首先是贯彻落实十八届三中全会“逐步减少适用死刑罪名”的精神。三中全会提出了“逐步减少适用死刑罪名”的要求,党的文件写进减少死刑的内容,其意义和作用不可低估,而贯彻落实三中全会精神正是这次刑法修改的一个重要指导思想。^⑤例如,《修九》取消死刑的9个罪名中有两个军职罪,就是中央军委有关部门根据三中全会的精神认真研究后主动提出来的。《修九》草案公布后,针对有的部门和人员质疑拟取消的死刑罪名是否太多的问题,全国人大法律委员会认为“逐步减少适用死刑罪名”是三中全会提出的改革任务,取消9个罪名

的死刑,是经与中央各政法机关反复研究和论证,并广泛听取人大代表、专家和各方面意见的基础上提出的,在常委会初次审议后,经同中央政法委、解放军总政治部等反复研究,认为草案的规定是适宜的。^⑥可以说,如果没有中央的明确要求,没有立法机关贯彻这一要求的坚决态度,很难想象在《修八》取消13个罪名死刑的较短时间内,又能取消这么多罪名的死刑。^⑦

其次,社会治安形势稳定可控,民意总体支持减少死刑。《修八》取消13个死刑罪名后,并没有对社会治安形势造成负面影响,社会各方面的反应总体正面。这说明死刑与犯罪的升降并没有必然的关系,一个国家的犯罪形势更多地是受国家社会结构的影响。^⑧我们也看到,经过这些年的宣传和引导,社会各界对国际上废除死刑的趋势有了进一步了解,对我国死刑罪名偏多有了进一步认识,对国家有步骤地削减一些非暴力犯罪以及不严重的暴力犯罪的死刑持越来越多的理解和支持态度。事实上,随着经济的发展、生命价值在公众观念中的上升,社会对一些经济犯罪或非暴力犯罪,已经不赞成判处死刑了,这种心理在吴英等案件中表现得十分明显。^⑨“公众这种人权观念的发展变化和对死刑问题的关注,也对我国死刑制度改革

④ 参见全国人大常委会法制工作委员会办公室《第十二届全国人大常委会第十一次会议审议刑法修正案(九)草案的意见》2014年12月15日;全国人大常委会法制工作委员会办公室《刑法修正案(九)草案向社会公众征求意见的情况》2015年1月9日。

⑤ 参见李适时在2014年10月27日全国人大常委会上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)的说明》。

⑥ 参见全国人大法律委员会《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)草案〉修改情况的汇报》,第十二届全国人大常委会第十五次会议文件(五)2015年6月24日。修九草案公开征求社会意见后,对网上一些反对取消这么多的死刑罪名的意见,立法机关专门邀请部分刑法学者座谈并听取意见。笔者作为当时的与会者之一,指出对于民意特别是网络民意要慎重对待,从国际上减少、废除死刑的经验看,社会上有不同意见亦属正常。事实证明,《修九》通过后,社会各方面的反应总体上是正面的。

⑦ 经过这两次取消死刑罪名,刑法中的死刑罪名从68个减少到46个,减少了32%。《修八》减少的死刑数占当时死刑罪名总数(68个)的19.1%,《修九》减少的死刑数占当时死刑罪名总数(55个)的16.4%。

⑧ 笔者曾与推动法国废除死刑的法国前司法部长巴丹戴尔先生交流过,他说,法国废除死刑后,总体看犯罪率与废除死刑前并没有多少差别,具体到各类犯罪,有的下降,有的上升,但这都不是死刑在其中所起的作用,而是有着更深刻的社会背景。参见刘仁文《与巴丹戴尔先生谈死刑》,载《检察日报》2004年4月28日第8版。

⑨ 吴英因“集资诈骗罪”被判处死刑后,引发了民意的强烈反弹,最高人民法院在复核该案件时,注意到了这种民意,最终未核准吴英的死刑。

提出了进一步的要求。”^⑩当然,在削减死刑时,立法机关也充分考虑到了民众的关切,不仅对故意杀人、强奸、抢劫等严重暴力犯罪目前根本不考虑废除死刑,即使对贪污受贿这类非暴力犯罪,也因为内容敏感所以均不涉及。为免除民众不必要的担心,对《修九》拟取消的9个死刑罪名,立法机关在作草案说明时专门提到,这9个罪名都是近年来在实践中很少适用死刑的,而且取消死刑后还可以判处无期徒刑,通过加强执法可以做到整体惩处力度不减;此外,这些犯罪取消死刑后,如出现情节特别恶劣,符合数罪并罚或者其他有关犯罪规定的,还可依法判处更重的刑罚。^⑪

最后,强调与《修八》的衔接以及罪刑相适应。以集资诈骗罪为例,在《修八》草案的起草和审议过程中,有些部门和专家建议在取消票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪的死刑的同时,一并取消集资诈骗罪的死刑,但由于该罪的被害人往往是不特定的群众,受害人数众多,涉案金额巨大,影响社会稳定,所以采取了审慎的态度,保留了该罪的死刑。但是《修九》考虑到集资诈骗罪同属金融诈骗犯罪是非

暴力的经济性犯罪,^⑫最高处以无期徒刑可以做到罪刑相适应,^⑬因此也取消了集资诈骗罪的死刑,从而废除了所有金融诈骗罪的死刑。再以走私武器、弹药罪、走私核材料罪和走私假币罪为例,也是考虑到《修八》已经废除了走私文物罪、走私贵重金属罪和走私珍贵动物、珍贵动物制品罪的死刑,而走私武器、弹药罪、走私核材料罪和走私假币罪“近年来很少适用过死刑,最高处以无期徒刑也可以适应打击这类犯罪的实际需要,并做到罪刑相适应”,^⑭因此《修九》废除了所有走私罪的死刑。^⑮

《修九》在取消死刑罪名上具有新的特点,已经不限于非暴力性犯罪,而是有强迫卖淫罪这类属于暴力性的犯罪,以及军职罪这类敏感罪名(阻碍执行军事职务罪则是军职罪中的暴力性犯罪)。这标志着我国死刑罪名减少进入新的阶段,今后既要继续研究非暴力犯罪的死刑减少问题,也要研究那些非致命性的暴力犯罪的死刑减少问题;^⑯既要研究普通刑事犯罪的死刑减少问题,也要研究军人违反职责罪、危害国防利益罪、危害国家安全罪等敏感章节的死

⑩ 参见赵秉志主编《中华人民共和国刑法修正案(九)理解与适用》,中国法制出版社2016年版,第57页。

⑪ 参见2014年李适时在全国人大常委会上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)》的说明。对于“如出现情节特别恶劣,符合数罪并罚或者其他有关犯罪规定的,还可依法判处更重的刑罚”的理解,可区分以下几种情况:一是法律有明确规定的,按法律规定。如《修九》在取消组织卖淫罪、强迫卖淫罪的死刑的同时,增加了“犯前两款罪,并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚”。由于杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪最高可判处死刑,因而此种情况下可依法判处比无期徒刑更重的刑罚。二是法律没有明确规定的,可以结合立法原意来解决。如《修九》取消了战时造谣惑众罪的死刑,但由于原来该罪适用死刑的条件是勾结敌人造谣惑众,动摇军心,情节特别严重,而“战时勾结敌人造谣惑众,动摇军心的性质是投敌叛变,行为入主观上有投敌叛变的故意,客观上实施了为敌效劳的叛变行为,可以投敌叛变罪论处”(参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第778页),而投敌叛变罪最高可判处死刑。三是如果立法原意也没有明确记载的,则依法理解决。如原来阻碍执行军事职务罪适用死刑的条件是“致人重伤、死亡的,或者有其他特别严重情节的”,取消死刑后,如果造成“致人重伤、死亡”的后果,符合故意杀人罪、故意伤害罪的,最高刑也可以判处死刑。当然,对于按照转化犯处理的情形要防止任意扩大适用范围。

⑫ 我国《刑法》第199条原来将这几种犯罪的死刑统一规定在一个条款里,《修八》取消票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪和信用证诈骗罪的死刑后,只剩下集资诈骗罪有死刑,这样从立法技术上留下了瑕疵,因为如果就这一个罪设死刑,可以直接规定在集资诈骗罪的条款里。

⑬ 参见臧铁伟主编《中华人民共和国刑法修正案(九)解读》,中国法制出版社2015年版,第92页。

⑭ 同注释⑬,第72页。

⑮ 由于走私罪的死刑都废除了,因而《刑法》第157条关于武装掩护走私最高可处死刑的规定也相应废止。因为按照《刑法》第157条的规定,武装掩护走私本身并不是一个独立的罪名,而是依照《刑法》第151条第1款的规定从重处罚(该条款规定的是走私武器弹药罪等罪名)。

⑯ 参见胡云腾《刑法修正案(九)的理论与实践创新》,载郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第9页。

刑减少问题。^①在减少死刑的路线图上,有观点认为,应先废除非暴力犯罪的死刑(先考虑废除那些备而不用和鲜有适用的罪名),然后再考虑废除暴力犯罪的死刑(根据暴力程度轻重,先废除暴力程度较轻的罪名)。^②笔者过去也赞同这种观点,但现在看来,这两个阶段的区分并不是绝对的,会有一定的交叉,^③也就是说,并不是一定得废除所有非暴力犯罪的死刑后才能着手考虑废除暴力犯罪的死刑,对于某些暴力程度较低的犯罪,也要遵循罪刑相适应的原则,一并纳入减少死刑的考虑范围。有的非暴力犯罪,如毒品犯罪、贪污受贿犯罪等,恐怕短期内取消死刑的难度比某些不太严重的暴力犯罪(如此次《修九》废除死刑的强迫卖淫罪、阻碍执行军事职务罪)还要难。在立法者看来,贪污受贿犯罪不仅仅是财产犯罪,而是涉及政权稳定和执政党根基的问题,^④而毒品犯罪更是因为鸦片战争使得毒品的危害成为一种民族记忆和社会心理,至今“谈毒色变”,因此这些犯罪的死刑存废就不能简单地以暴力或非暴力来区分。从当今还保留死刑的西方国家如美国来看,它的死刑适用在司法实践中几乎被限定在严重的有预谋的杀人罪范围内,其刑罚理念来源于报应刑。^⑤假如有一天我国刑法只剩下故意杀人罪这一个死刑罪名,那时要废除这个罪

名的死刑难度肯定就要大得多,因为至少从报应刑罚观来看,对故意杀人罪设置死刑,是等值的。因此,废除故意杀人罪的死刑,必须从人道化的刑事政策等角度来修正报应刑罚观,从绝对的正义调整为矫正的正义。^⑥而在此之前,对于其他罪名的死刑减少,按照罪刑相适应的基本思路来推进即可。至于罪与刑如何相适应,立法者之所以给某罪设置死刑,一定是在当时认为该种罪行应当用死刑来惩罚,如今为减少死刑,就需要对比不同犯罪的社会危害性,把那些社会危害性相对较小的罪行的死刑先减下来。在衡量一种行为是否要入罪以及入罪后设置多重的刑罚时,暴力与非暴力是一个重要标准甚至是主要标准(一般而言,暴力犯罪的社会危害性要大于非暴力犯罪),但并非唯一标准。^⑦

二、提高死缓执行死刑门槛,增设死缓执行期间重新计算制度

由于被判处死缓的犯人绝大多数最后都不会被执行死刑,^⑧因而许多人寄希望于死缓能在中国减少死刑乃至最终废除死刑的过程中扮演更为积极的角色。事实的确如此,2007年最高人民法院收回死刑核准权后,2008年全国人民代表大会召开期间,时任最高人民法院院长的

^① 以危害国家安全罪为例,虽然该类罪所侵犯的同类客体位居刑法分则之首,但该章有好几个罪的法定最低刑都是单处剥夺政治权利的附加刑,是分则所有章节中法定最低刑最轻的。这说明即使在重要而敏感的章节里,刑罚也要贯彻罪刑相适应的原则。

^② 参见陈兴良《减少死刑的立法路线图》,载《政治与法律》2015年第7期。

^③ 参见赵秉志《中国死刑立法改革新思考——以〈刑法修正案(九)草案〉为主要视角》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第1期。

^④ 笔者曾在2010年9月21日的《经济参考报》上发表《创造条件取消贪腐犯罪死刑》一文,论证了贪污受贿这类非暴力犯罪取消死刑的必要性。时值《修八》讨论过程中,立法机关针对此文引起的民意反弹,专门召开了新闻发布会,指出修正案并没有考虑要废除贪污受贿罪的死刑。

^⑤ 这也是美国在与我国的刑事司法合作中反对对贪官等适用死刑的理由,认为这突破了报应的等价性之底线。

^⑥ 就如在没有死刑的欧洲国家,对故意杀人犯如果判处了该国刑罚体系内最严重的刑罚比如终身监禁,社会和被害人也就认为实现了正义。

^⑦ 笔者认为“社会危害性”是一个主客观相统一的概念。衡量一种行为的社会危害性大小,既要看它是否侵犯了一定的客体(法益);还得结合一个国家的传统、风俗、宗教观念、社会心理等因素以及社会所处的发展阶段来综合考虑。这也可以解释为何同一种行为在不同的国家甚至在同一个国家的不同时期,罪与非罪、罪轻与罪重存在差异甚至有时差异还十分悬殊。涂尔干把法律视为社会团结的外在事实,认为法律是表达社会团结的主要形式,从此出发,立法者在一定程度上考虑民意是可以理解的。

^⑧ 有学者指出:司法实践中被判处死缓的,99.9%的都没有被实际执行死刑。参见胡云腾《死刑通论》,中国政法大学出版社1995年版,第241页。

肖扬曾告诉人大代表:判处死缓的人数首次超过了判处死刑立即执行的人数。

鉴于被判处死缓的人数在整个死刑案件中的比重日趋上升,以及实践中死缓与死刑立即执行的巨大差距,有关死缓制度的改革也被提上日程。《修八》对死缓制度作了两处修改:一是将原规定中确有重大立功表现,二年期满后,“减为十五年以上二十年以下有期徒刑”修改为“减为二十五年有期徒刑”;二是增加一款规定,即对被判处死缓的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力犯罪被判处死缓的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。^⑤这是因为“社会各方面反映,我国刑罚制度在实际执行中存在对有些被判处死刑缓期执行的犯罪分子,实际执行的期限过短的情况。这样,就出现了两个问题:一是被判处死刑缓期执行的犯罪分子都犯有很严重的罪行,实际执行刑期过短,难以起到惩戒和威慑作用,也不利于社会稳定;二是与死刑立即执行差距过大,难以充分体现罪责刑相适应的原则,有必要严格限制对某些判处死刑缓期执行的罪行严重的罪犯的减刑,延长其实际服刑期。”^⑥为严格控制死刑,《修九》对《刑法》第50条进一步作出修改,提高了死缓执行死刑的门槛,将死刑缓期执行期间“故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑”修改为“故意犯罪,情节恶劣的,报请最高人民法院核准后执行死刑;对于故意犯罪未执行死刑的,死刑缓期执行的期间重新计算,并报最高人民法院备案”。

关于死缓犯变更执行死刑的条件经历了一个过程:我国1979年《刑法》规定,死缓犯在死刑缓期执行期间,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核准,执行死刑。1997年修订《刑法》时,考虑到抗拒改造情节恶劣没有具体的法律标准,实践中难以把握

以及严格控制死刑适用的精神,将执行死刑的条件修改为“如果故意犯罪,查证属实的”,从而排除了不构成犯罪的“抗拒改造情节恶劣”的情形,也排除了过失犯罪,较为明确,便于操作。1997年新《刑法》实施后,逐渐发现死缓执行期间故意犯罪的情况较为复杂,有受牢头狱霸欺凌、虐待而反抗造成他人轻伤的;也有故意犯罪情节轻微或者未遂的,如果一律执行死刑,过于严厉。事实上,司法实践中已经有个案对“故意犯罪”作了限制解释(限定为“严重的故意犯罪”)。例如,2012年最高人民法院复核的陈某死刑案:被告人陈某在死缓执行期间因琐事故意伤害同监狱友,被一审、二审法院判决、裁定认为其在死缓执行期间犯故意伤害罪,查证属实,报请最高人民法院核准。最高人民法院复核后认为,被告人在死缓执行期间,故意伤害他人身体致轻伤,其行为已构成故意伤害罪,但鉴于案件的具体情况,可不核准其死刑,裁定发回原审高级人民法院重新审判。原审高级人民法院重新审理后认为对陈某可不执行死刑,对其所犯故意伤害罪与原判所犯故意杀人罪予以数罪并罚,决定判处死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身。^⑦不过这种突破现行法律规则的司法能动主义的做法造成了一些困惑,有学者举出其他因法院严格依照法律规定最终执行死刑的案例,质疑这种“害相等,质相同”的案件裁判结果大相径庭的情况。^⑧

《修九》明确提高了死缓变更执行死刑的门槛,即故意犯罪必须达到“情节恶劣”的程度,否则,即使在死缓执行期间有故意犯罪,也不能执行死刑。同时还规定,对于因故意犯罪未达到情节恶劣而未执行死刑的,重新计算其死刑缓期执行的期间,并报最高人民法院备案。重新计算死刑缓期执行期间是因为死缓犯在缓期执行期间毕竟有故意犯罪,仍具有明显的社会危险,需要继续考验,以便根据其在新的缓期

^⑤ 《修八》对《刑法》第78条关于减刑后实际执行的最低刑期作了修改,对限制减刑的死缓犯,缓期执行期满后改为无期徒刑的,不能少于二十五年;缓期执行期满后依法改为二十五年有期徒刑的,不能少于二十年。

^⑥ 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第72页。本文在相同意义上使用罪刑相适应与罪责刑相适应。

^⑦ 参见丁学君、田虎《死缓考验期间故意犯罪案件的审查与处理》,载《人民司法》2013年第24期。

^⑧ 参见叶良芳、安鹏鸣《死缓变更为死刑立即执行的适用条件新探》,载《时代法学》2015年第5期。

执行期间的表现来决定是否执行死刑。报最高人民法院备案是为了发挥其监督作用,确保案件的审判质量。何为“情节恶劣”则是下一步法律适用中首先需要解决的问题。立法机关编著的著作指出“所谓‘情节恶劣’,需要结合犯罪的动机、手段、危害、造成的后果等犯罪情节,以及罪犯在缓期执行期间的改造、悔罪表现等综合确定。”^②按此理解,“情节恶劣”不仅包括故意犯罪的自身情节,还包括罪犯在缓期执行期间的“情节”。但毋庸置疑的是,如果没有情节恶劣的故意犯罪,即使罪犯在缓期执行期间的改造、悔罪等表现“情节恶劣”,也不能变更执行死刑。至于何为情节恶劣的故意犯罪,目前认识不一,如有的主张故意犯罪应是被判处五年以上有期徒刑的故意犯罪,^③有的主张只有在犯有不可饶恕的罪行(应当判处死刑)时,才可以对其适用死刑立即执行。^④从发展趋势看,笔者赞同将来只有在死缓犯犯有应当判处死刑的罪行时才可以对其变更执行死刑(到时对“情节恶劣”作这样解释也未尝不可),这既是发挥死缓在死刑限制中的更大作用、并最终使死缓充当死刑立即执行的替代措施的需要,也更加符合情理和逻辑(因为前罪只判处死缓,如果后罪不是死罪,却因此改为死刑立即执行,是不太公平的,毕竟前罪、后罪都罪不至死,而且无论前罪的被害方还是后罪的被害方都不会给司法机关施加判处死刑立即执行的压力)。但目前来看,恐怕这样做还不现实,无论是立法原意,^⑤还是我国限制死刑所处的进程,都还不能把“情节恶劣”限制到这一步。笔者建议,“情节恶劣”应具备下列情形之一:1. 犯被判处十年以上有期徒刑的故意犯罪;2. 犯被判处五年以上十年以下有期徒刑的故意犯罪,且在缓期执行期间有过多次破坏监管秩序的行为,或多次实施针对他人的暴力行为;3. 第一次缓期

执行期间犯被判处三年以上十年以下有期徒刑的故意犯罪,在重新计算的缓期执行期间又犯被判处三年以上有期徒刑的故意犯罪;4. 第一次缓期执行期间的故意犯罪被判处三年以下有期徒刑,但在重新计算的缓期执行期间又犯被判处三年以上有期徒刑的故意犯罪,或前两次的故意犯罪被判处的都是三年以下有期徒刑,但在第三次计算的缓期执行期间又故意犯罪。

死缓的门槛提高后,该条款在适用中还需要解决的问题有:其一,死缓期间重新计算甚至多次计算后,如果在此期间没有再故意犯罪,二年期满后,如何处理?笔者认为,应仍然适用《刑法》第50条的规定,即减为无期徒刑,如果有重大立功表现的,^⑥则减为二十五年有期徒刑。其二,死缓期间重新计算并报最高人民法院备案后,如果最高人民法院发现有不妥的怎么办?笔者主张,此时可以按照审判监督程序提审或者指令下级法院再审。当然,考虑到还有检察机关的抗诉等监督渠道,此种审判监督程序的启动应格外慎重。其三,今后法院在审理此类案件时,是先就故意犯罪是否达到情节恶劣的程度进行审理后,再就是否报请最高法院核准死刑或者重新计算死缓执行期间的问题进行审理,还是两者一并审理?笔者认为可以一并审理。这不仅是出于效率的考虑,还因为在决定是否报请最高法院核准死刑或者重新计算死缓执行期间时,除了主要根据死缓犯故意犯罪本身是否达到情节恶劣外,还要参酌其在缓期执行期间的表现。需要重申的是,这里的故意犯罪必须发生在死缓执行期间,如果发生在死缓执行期满后,不适用本款规定,而应当依照刑法有关数罪并罚的规定来处理。^⑦如果故意犯罪发生在死缓执行期间,但司法机关在缓期执行期满后才发现的,也应当适用本款的规定。

② 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第73页。

③ 参见赵秉志主编《中华人民共和国刑法修正案(九)理解与适用》,中国法制出版社2016年版,第74页。

④ 参见叶良芳、安鹏鸣《死缓变更为死刑立即执行的适用条件新探》,载《时代法学》2015年第5期。

⑤ 在法律刚通过时,法律解释还是应当尽可能地遵从立法原意,但随着时间的推移和社会的发展,法律解释从主观解释走向客观解释几乎是必然的。

⑥ 这里的重大立功表现,仅限于重新计算或多次计算后的死缓执行期间。

⑦ 法律规定的死缓考验期是两年,假如两年期满,却由于其他原因没有及时减刑,但在两年期满之后被减刑之前犯有故意犯罪的,也不能适用本款规定,只能按数罪并罚的有关规定处理。

三、取消三个罪的绝对确定死刑 完善相关规定

我国《刑法》原来规定了七种绝对确定的死刑,即劫持航空器罪、绑架罪、拐卖妇女、儿童罪、暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪、贪污罪、受贿罪。这七种犯罪在“情节特别严重”或其他法定情形下,只能判处死刑。^⑤绝对确定的死刑没有司法裁量的余地,有违罪责刑相适应的原则,^⑥也不利于司法人员在具体案件中对某些案件限制适用死刑进而达到减少死刑的目的。《修九》将绑架罪、贪污罪和受贿罪的绝对确定死刑修改为相对确定死刑,还对这三个罪作了一些其他修改,是立法上的一大进步。

就绑架罪而言,原我国《刑法》第239条第2款规定“犯前款罪(绑架罪),致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产。”《修九》则修改为“犯前款罪,杀害被绑架人的,或者故意伤害被绑架人,致人重伤、死亡的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。”这一修改的合理性在于:其一,将绑架罪的法定最高刑由死刑改为无期徒刑或死刑,适应了我国限制死刑适用的形势,有助于贯彻罪责刑相适应原则,更好地实现个案公正。例如,本款的“杀害”只需要行为人有杀人的故意及行为,并不要求“杀死”被绑架人的结果。^⑦因而对于杀害被绑架人未遂的情形,无法适用《刑法》总则关于未遂的规定(此时绑架罪已既遂),只能判处法定最高刑。但如果只能判处死刑,则有失公平,特别是当被“杀害”的受害人连重伤的程度都没有达到的情形。而在死刑之外增加无期徒刑的选项,就可以减缓这种紧张关系。如果“杀害”行为处于预备阶段,或者本人中止了“杀害”行为,此时理应不归入该加重处罚档,从解释的角度,可以将此解释为不是一种真正

的“杀害”行为。其二,将“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的”修改为“杀害被绑架人的,或者故意伤害被绑架人,致人重伤、死亡的”更加科学合理。原规定有不科学之处(特别把“致使被绑架人死亡”这种客观后果的表述置于“杀害被绑架人”这种突出行为人主观故意的表述之前,显失妥当),即只要出现被绑架人死亡结果,或者具有杀害被绑架人行为的,就一律适用死刑。但实践中情况复杂,如有的被绑架人由于惊吓,心脏病发作死亡;有的被绑架人因被置于车辆的后备箱中、呼吸不畅死亡;有的被绑架人逃跑时意外摔死或跳河溺死等情况下,行为人对被绑架人的死亡结果是过失的,与直接故意杀害被绑架人在主观恶性上差异很大,一律处以死刑难以适应不同情况,无法做到罪责刑相适应。^⑧修改后,过失行为就可排除在适用本款加重处罚档之外。当然,适用第一款最高刑也可判处无期徒刑,但至少没有适用死刑的可能。其三,修改后该款还增加了适用加重处罚档的一种情形,即故意伤害被绑架人致人重伤、死亡的。增加这种情形是因为有关方面尤其是司法机关多次提出,实践中有的行为人故意伤害被绑架人、以特别残忍手段致使被绑架人重伤或残疾,由于没有杀害被绑架人的故意,也没有被绑架人死亡的后果,所以只能适用绑架罪的第一款处罚。但这类行为对被绑架人的人身危害极其严重,社会危害性极大,且故意伤害罪也有死刑,因而这类行为造成特别严重后果的,也应可以判处死刑。^⑨这样一减一加,在个罪中较好地贯彻了宽严相济的刑事政策。^⑩当然,由于修改后有有期徒刑和死刑两个选项,且无期徒刑在前、死刑在后,鉴于故意伤

^⑤ 这七种犯罪绝对确定死刑的绝对程度又有所不同。劫持航空器罪只要“致人重伤、死亡或者致使航空器遭受严重破坏的”,绑架罪只要“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的”,就“处死刑”。而拐卖妇女、儿童罪、暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪、贪污罪和受贿罪则是在“情节特别严重”的情形下“处死刑”,这五种罪在“情节特别严重”的界定上还有所弹性,但劫持航空器罪和绑架罪则毫无弹性(至少从字面上可以得出这个结论。当然实践中有个案中变通处理的例子,如在绑架过程中被绑架人因心脏病突发而死亡,法院通过排除因果关系而否定绝对确定死刑的适用)。

^⑥ 台湾地区过去也有绝对确定死刑,但后来其宪法审查机构裁定此种立法“违宪”,理由就在于此。

^⑦ 从文字上看,似乎修改后“致人重伤、死亡”既指“故意伤害被绑架人”的后果,也包括“杀害被绑架人”的后果。但从立法机关的有关著作及下文分析的立法原意看,应仅指“故意伤害被绑架人”的后果。

^⑧ 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第428页。

^⑨ 同注释⑧。

^⑩ 同注释⑧。

害致人重伤、死亡的主观恶性毕竟有别于故意杀人,因此在法律适用时,应当以适用无期徒刑为主,只有在手段极其残忍、行为人主观恶性极大的情况下才可考虑适用死刑。^④

《修九》还取消了贪污罪、受贿罪的绝对确定死刑。原《刑法》规定,贪污、受贿十万元以上,“情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。”应当看到,“情节特别严重”在该程度内也还是有情节差异的,不加区分地一律处死刑,有违罪责刑相适应和刑事责任公平原则,不利于司法机关合理地处理个案,也不利于限制和减少死刑。^⑤《修九》将贪污罪、受贿罪的死刑规定修改为“数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产”,变绝对确定死刑为相对确定死刑,使司法机关有选择的空间,比原来的规定更加科学。同时,《修九》对贪污受贿犯罪的其他一些修改也有利于减少该领域的死刑适用。例如,《刑法》原来规定对贪污受贿数额较小的(一万元以下),可以在有悔改表现、积极退赃时减轻处罚或免于刑事处罚。《修九》增加了一款,对犯贪污受贿罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生的,可以从宽处罚。(其中,对有数额较大或有其他较重情节这一情形的,可以从轻、减轻后者免除处罚;对有数额巨大或有其他严重情节、数额特别巨大或有其他特别严重情节、乃至数额特别巨大并使国家和人民利益遭受特别重大损失这三种情形的,可以从轻处

罚。)虽然从宽处罚的条件更加严格,^⑥但将从宽处罚的条款扩大适用到可以判处死刑的情形则意味着,即使在贪污受贿数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的情形下,也是可以从轻处罚的。有了这一规定,当贪污受贿行为面临死刑惩处的危险时,一定会借此来换取免死的结果,从而使得判死刑的几率大为降低。又如,《修九》还增加规定,对数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失因而被判处死缓的贪污受贿犯,法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死缓执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。尽管对贪污受贿犯这种没有人身危险性的犯罪人设置不得减刑、假释的终身监禁从学理上有其不合理之处,^⑦但此处的立法原意是“它是对罪当判处死刑的贪污受贿犯罪分子的一种不执行死刑的刑罚执行措施……也可以说是对死刑的一种替代性措施”。^⑧所以从这个意义上来看,该制度的设立也意味着贪污受贿犯罪死刑的名存实亡。^⑨从立法上取消死刑罪名的经验来看,往往一个罪名在司法实践中多年不用死刑或者很少适用死刑后就可以讨论其立法上能否取消死刑了。目前最高人民法院不核准贪污受贿罪死刑的做法很可能一直延续下去,而且由于《修九》增设从宽处罚制度和终身监禁制度,将使地方法院越来越不会对贪污受贿罪适用死刑。照此发展下去,从立法上取消贪污受贿罪的死刑也是完全可能的。^⑩

④ 透过这样的修改可看出,尽管总体上立法是朝着削减死刑罪名的方向发展,但不排除在某些死刑罪名中增加可判处死刑的情形。

⑤ 参见刘仁文《刑法修正案(九)的理解与适用》,载许少波主编《法治的布道者:法学名家华园讲演录》,中国民主法制出版社2015年版,第184页。

⑥ 过去只要有悔改表现、积极退赃就可以。现在需要同时符合:在提起公诉前;行为人如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃以及避免、减少损害结果的发生。

⑦ 设置终身监禁的不合理之处主要是违背刑罚教育、改造的理念;违背罪刑均衡原则;不符合特殊预防和一般预防的目的等。

⑧ 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》,中国民主法制出版社2015年版,第705~706页。结合立法原意,笔者认为2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条第3款规定的是贪污受贿罪死刑(立即执行)的一种替代措施。

⑨ 最高人民法院自2013年以来已经没有核准过一例贪污受贿犯罪的死刑,对此有人质疑贪官判刑太轻,而近年来贪官不正当地通过减刑和假释提前出狱的现象也引起社会和高层领导的关注。在此背景下,终身监禁得以产生。

⑩ 等立法上取消贪污受贿罪的死刑后,再讨论废除不得减刑、假释的终身监禁也许更符合法律制度演进的逻辑。但对非暴力犯罪设置不得减刑、假释的终身监禁最终还是应废除。

四、结语

中国自1998年签署《公民权利与政治权利国际公约》以来,迄今没有批准,但“正在继续稳妥推进行政和司法改革,为批准该公约做准备”。^④一旦批准就必须向联合国人权事务委员会提交包括死刑数据在内的履约报告。^⑤尽管近年来我国在减少死刑方面取得了很大的成绩,但死刑数字依然难以公开,因为一旦公开,将“被国际上的反华势力恶意利用,给国家形象造成不良的影响”。^⑥既然批准是必然的,而提交包括死刑数据在内的履约报告也是一种强制性的法律义务,那我们只有继续减少死刑,直到死刑数字可以公开的那一天。而这一天不能无限推延,因为批准公约无法无限推延。必须看到,国内司法公开化、透明化的发展很快,裁判文书上网已经成为一种以公开促公正的有力手段。

目前的瓶颈是死刑案件的裁判文书还不能上网。但死刑案件都是重大敏感案件,是最需要监督的,如果其裁判文书不上网,将使改革的效果大打折扣。与国际上越来越多的国家废除死刑、少数保留死刑的国家也越来越少地执行死刑这一趋势相比,我国的死刑数据要实现彻底公开,还需要下大力气予以削减。据联合国人权事务办公室的报告,截至2012年,在联合国193个会员国中,已经有约150个国家在法律上或事实上废除了死刑或者暂停执行死刑。^⑦据《参考消息》2012年12月22日报道,2011年世界上真正执行死刑的国家只有21个。有鉴于此,如何在三中全会“逐步减少适用死刑罪名”的精神指引下,继续拓宽死刑改革的视野,从立法上进一步削减死刑罪名、司法上进一步限制死刑适用,仍将是我国刑法改革的重要任务。

The Important Progress of the Death Penalty Reform ——in the Perspective of the Amendment (IX) to China Criminal Law

Liu Renwen Chen Yanru

Abstract: The Amendment (IX) to the Criminal Law, on the basis of reducing by 13 the number of crimes subject to the death penalty through the Amendment (VIII), has further reduced the number by 9; moreover, the Amendment (IX), unlike the Amendment (VIII) which had only reduced the number of crimes subject to the death penalty in economic and non-violent crimes, has reduced the number of crimes subject to the death penalty in military and non-serious violent crimes. Meanwhile, the Amendment (IX) has also raised the standard for applying death penalty to the criminals sentenced to death with reprieve, established the system for recount of the period of reprieve and modified the absolutely definite death penalty in crimes of kidnapping, embezzlement and bribery into relatively definite death penalty. All these measures mentioned above not only expand the horizons but also provide a positive signal for China's reform of death penalty on the way.

Keywords: crimes subject to the death penalty; standard for applying death penalty to the criminals sentenced to death with reprieve; absolutely definite death penalty

(责任编辑:付强)

^④ 中国向联合国人权理事会普遍定期审议机制提交的第二次国家报告, A/HRC/WG.6/17/CHN/1(2013),第7段。

^⑤ 参见孙世彦《公开死刑资料:联合国的要求以及中国的应对》,载《比较法研究》2015年第6期。

^⑥ 参见赵秉志、苗苗《论国际人权法规范对当代中国死刑改革的促进作用》,载《吉林大学社会科学学报》2013年第4期。

^⑦ 参见[西班牙]何塞·路易斯·德·拉·奎斯塔《死刑:全球废除的趋势》,载赵秉志主编《当代刑事法学新思维》(上卷),北京大学出版社2013年版,第447页。