

限制死刑与慎用死刑

崔庆森 廖增昫

不废除死刑，但要尽量减少使用死刑，是我们党的一贯主张，也是制定我国第一部刑法的指导思想。我国刑法第43条规定，死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子。刑法分则挂有死刑的条款实际上是15条（反革命罪9条，危害公共安全罪2条，侵犯公民人身权利、民主权利罪2条、侵犯财产罪2条），罪名22种。在实施过程中，由于社会治安形势趋向严峻和严重经济犯罪猛增，1982年全国人大常委会通过的《严惩严重破坏经济的罪犯的决定》增补了死刑条款5条、7个罪名，1983年全国人大常委会通过的《严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》增补的死刑条款共8条，9个罪名。此外，1984年全国人大常委会通过的《中华人民共和国森林法》第34条第3款规定，盗伐林木据为己有，数额巨大的，依照《刑法》第152条的规定，追究刑事责任。根据这一规定，行为如果同时具备情节特别严重的，也可以适用死刑。就是说，我国刑法现有挂死刑的条文实际是29条，罪名38种。加上《惩治军人违反职责罪暂行条例》规定的含死刑的条文10条，10种罪名，共有挂死刑的条款39条，48种罪名。这在当今世界各文明大国中是比较多的一个。同时，随着刑事立法中挂死刑条款的增多，实际判决和执行死刑的人数也相应增加。因此在当前酝酿修改刑法的创制过程中，如何从我国实际国情出发，结合借鉴外国立法和司法经验，对过去规定的和某些动议规定的死刑适用条文已经产生和可能产生的司法效果，进行严格的科学论证和评价，力求防止重刑主义倾向，尽量控制与减少死刑，的确是当前必须认真研究的课题。

一、限制死刑以至废除死刑是世界性刑事立法的发展趋势

自从1764年意大利刑法学家切查列·贝卡里亚在其名著《论犯罪与刑罚》中首次提出废除死刑和严格限制死刑的主张以来，世界各国的刑罚制度开始从以死刑、肉刑为中心的体系步入以自由刑为中心的体系的时期。此后，由于废除死刑的主张所形成的舆论力量，和有关国际组织的推动支持，而最主要的是有关国家国内的政治局势与犯罪状况所决定，从上世纪中叶开始，有不少国家和地区陆续宣布废除死刑。至目前为止，在法律上完全废除死刑的国家有31个，如荷兰，葡萄牙，瑞士，挪威，丹麦，冰岛，卢森堡，联邦德国，奥地利，瑞典，法国，民主德国等。对普通刑事犯罪废除死刑而对叛国罪或军事罪保留死刑的国家有18个，如阿根廷，墨西哥，西班牙，巴西，意大利，芬兰，以色列等。大赦国际1987年宣称，现在每年平均有一个国家废除死刑，或者废除非战时死刑并逐步过渡到全面废除死刑。此外还有些国家法律上虽规定有死刑，但实际上在较长时间内没有判处或执行过死刑，如比利时、爱尔兰、土耳其、中非共和国等。当然也有些国家存在法律上宣布废除死刑，而事实上仍继续

适用死刑或不经法律程序执行死刑的情况，如尼加拉瓜、委内瑞拉、乌拉圭、巴西等国就存在这样的问题。值得重视的是，即使是保留死刑的国家，无论在立法上还是在司法上都普遍重视限制死刑与减少适用死刑，概括起来，其动向是：

（一）在刑事立法上严格控制死刑罪的条款。如英国在十八世纪时原有二百种以上死刑罪，至1962年已减为4种，1965年通过《谋杀罪（废除死刑）法》，现只保留了叛逆罪和海盗罪两种死刑。加拿大只对谋杀罪规定了死刑。美国50个州中有14个州废除死刑，根据美国《联邦法典编注》中刑法条文，适用死刑的罪名有间谍、叛国、杀人、抢劫国家金库、抢劫银行、绑票、暗杀政府总统和国会议员、有意破坏交通工具致人伤亡、泄露国防机密、强奸等17种，实际适用死刑的有谋杀、强奸、抢劫、绑票、重伤、间谍等8种罪。日本现行刑法，死刑罪共有13种，修正刑法草案（1974年）减少5种死罪，保留内乱罪、诱敌罪、资敌罪、爆炸致死罪、杀人罪、抢劫杀人罪、抢劫强奸致死罪、劫持飞机船舶和把持航运罪等死刑。1926年苏俄刑法典的死刑罪条款有44条（包括军职罪），1978年修订的苏俄刑法典死刑罪条款为31条，其中军事罪12条，军职罪13条，其他普通刑事犯罪中挂死刑的有：盗窃特别巨额的国家财产或公共财产罪，情节严重的故意杀人罪，强奸罪，受贿罪，侵害民警人员或人民纠察队员生命罪，劫持飞机罪。可见严格控制、逐步减少死刑条款是当前世界各国刑事立法的总趋向。

（二）司法上慎用死刑，减少死刑的实际执行。不少国家和地区实际判决和执行死刑的人数呈下降趋势。如日本刑法虽有死刑罪13种，但实际适用上多集中于杀人和抢劫致死等两三种罪名上。大赦国际统计，日本1984年执行一件死刑，1985年执行三件，1986年执行二件。香港现行刑法可判死刑的有谋杀、叛逆、海盗等罪，但实际上多年未执行死刑，被判死刑者可以请求赦免，改判终身监禁。我国台湾地区现行刑法有绝对死刑罪4条，相对死刑罪16条，另外，一般性的特种刑事法律有绝对死刑罪24种，相对死刑罪60种，有关军事方面的刑事法律有绝对死刑罪39种，相对死刑罪31种，不可谓不多。但实际执行死刑人数却较少，自1975年以来的情况是：1975年7人，1976年27人，1977年15人，1978年9人，1979年2人，1980年5人，1981年9人，1982年8人，1983年16人，1984年8人。^① 还有些国家判决宣告死刑后并未执行。如美国判处死刑的人数并未显著下降，但执行死刑的人数呈逐渐下降趋势。本世纪三十年代每年执行死刑的人数平均为167人，四十年代每年平均128人，五十年代为72人，六十年代为19人，七十年代总共3人。另据联合国调查资料，1975年至1979年间，73个国家的2740件死刑判决中，执行死刑的只有766件。

（三）限制死刑的适用对象。较普遍采取的措施有：对未成年犯和精神病犯不适用死刑，对孕妇不宣告死刑。还有的国家规定对心神耗弱者减轻其刑（日本），对妇女不适用死刑（伊朗），对犯罪或审判时哺育不满三岁子女的妇女不适用死刑（罗马尼亚），“死刑的运用，必须特别慎重”（日本修正刑法草案），“刑罚之加重，不得加至死刑（泰国）等。

此外，在死刑的判决和执行的程序上也进行了严格限制，如规定死刑的判决要排除一切疑点；被判处死刑的人有权上诉、申诉、要求赦免；死刑案件由较高级的法院裁决等。

从世界各国刑事立法发展的总趋势看，废除死刑的步伐仍然是缓慢的，不稳定的。有些国家废除死刑后又恢复，有的多次反复（如苏联）。已废除或部份废除死刑，或者一度停止

^① 谢瑞智，〈中外刑事政策之比较研究〉。

死刑执行的国家，在公众舆论上要求恢复死刑和恢复死刑执行的呼声亦很强烈（如英国、美国等）。但在限制死刑与慎用死刑问题上，认识和步调则是较为一致的。即认为死刑是维护国家安全和公民人身权利在迫不得已的情况下采取的最后的极端的刑罚手段，应当尽量少用；限制死刑既可发挥死刑遏制犯罪的作用，又可避免滥用死刑的不良后果；限制死刑符合人道主义要求；限制死刑是废除死刑的必由之路等。总之，限制死刑已成为目前尚保留死刑国家的立法趋势。

二、关于限制死刑与慎用死刑的立法建议

我国刑法关于死刑的规定是严格贯彻了少杀的政策精神的。1982年和1983年的两个《决定》根据当时严重经济犯罪和严重危害社会治安犯罪猖獗的情况，增补了一些死刑罪的条款，也是必要的，无可非议的。但不容讳言，在完善和修订我国刑法的创制过程中也面临着必须慎重研究和思考的问题：

第一，挂死刑的条款过多，死刑的适用范围逐步扩大，与此同时，死刑判决与执行的件数也相应增加。况且在修改完善刑法中，还要根据需要增设一些死刑罪的条款。这一情况，与今后从宏观上必须进一步限制死刑、减少死刑执行的总趋势显然不相协调，这就很有必要从总体上对过去已规定和今后需要增设的死刑条款的刑罚效果，进行严格的科学论证、评价，综合平衡，以确定合理的取舍：凡对社会有极大危害，不杀不足以维护社会安定、国家和人民利益的，才予以保留，可杀可不杀的，决不适用死刑。

第二，财产犯罪与经济犯罪的死刑适用范围过宽。纵观各国刑法，一般都是把死刑适用的重点放在危害国家安全、公共安全和侵犯公民人身权利等罪质极其严重的犯罪，而对财产犯罪和经济犯罪规定死刑则相对较少。如日本刑法共有死刑罪13条，其中涉及财产犯罪的只有抢劫致死，抢劫强奸致死二条（不是纯粹财产犯罪）。苏俄刑法典（1978年）共有死刑罪31条，涉及侵犯财产和破坏经济的犯罪有：伪造或行使伪造的货币或有价证券罪、破坏金融业务规则罪、盗窃特别巨额的国家财产或公共财产罪、受贿罪四条。苏俄刑法典第23条还规定，死刑作为非常处罚方法，可以适用于法律所规定的国事罪和情节严重的故意杀人罪，而在苏联立法特别规定的个别情况下，也适用于其他某些特别严重的犯罪。其适用的重点是明确的，值得我们借鉴。我国刑法对死刑的设置和分布一般说是较为科学的，后来在打击严重危害社会治安的犯罪和严重危害经济的犯罪中增设的一些死刑，则考虑与犯罪作斗争的实际需要较多，而从宏观上总体上考虑如何控制适用死刑则相对较少，因此在死刑罪的分布上呈现重点不够突出的现象。

第三，现有的挂死刑的罪名及准备增设的死刑罪名，和一些未挂死刑的罪名之间在罪质和刑度上出现不协调，值得研究。如现行刑法对盗窃罪有死刑规定，而诈骗罪的严重危害有时显然比盗窃罪有过之而无不及，却没有死刑规定。又如在研究完善刑法中，有人动议规定，投机倒把罪，或称非法买卖罪，是指违反金融、外汇、工商管理法规，倒卖国家禁止、限制自由买卖的物资（包括有价证券、计划供应票证等），情节特别严重的，最高法定刑可处以死刑。但与该罪危害程度相当，以至更为严重的诈骗罪、制造、贩卖假药罪、制造贩卖有害食品罪、销售伪劣产品罪等也没有适用死刑。可见，在财产犯罪与经济犯罪中，除了极少数极严重地危及国计民生的犯罪，可规定死刑外，对其余多数犯罪，如果只根据某一时期发案率高低和损害数额大小确定是否设置死刑，是很难做到罪刑的平衡。即使一时做到了，也

会因客观犯罪情况的不断变化而被冲破。

第四，对死刑的适用，在思想上要纠正片面强调“治乱世，用重典”等不正确认识，防止重刑主义倾向，才能真正减少死刑。试想在我国建国初期，年轻的革命政权面临着阶级敌人的反抗、破坏和复辟的威胁，党中央和毛泽东同志尚且一再强调“坚持少杀”，“防止杀错”、“凡介在可杀可不杀之间的一定不要杀，如果杀了就是犯错误”，并制定了“判处死刑同时宣告缓期二年执行，强迫劳动，以观后效”的政策，提出“少杀”可以赢得社会同情，可以避免我们自己在这个问题上犯错误，可以保存一批劳动力，保留一批活证据，以利于对敌斗争和国家经济建设等，以告诫全党。如今剥削阶级已经消灭，阶级斗争已不再是我国社会的主要矛盾，我国已步入以社会主义经济建设为中心的新时期，经济向前发展，政治稳定，难道还能沿用“治乱世用重典”的做法吗？当然，我国社会目前也面临着许多发展中国家工业化过程中所遇到的严重的犯罪问题，有些过去封闭时代少见的犯罪现象增长了，某些犯罪愈演愈烈，死刑以其特殊的严厉性确实具有伸张社会正义，遏制同类犯罪发生的一般预防作用，和把穷凶极恶之徒与社会永久隔离的特殊预防作用。但是我们还要看到，死刑如果运用不当也容易产生许多副作用，如多杀则容易失去社会同情，在国际上也将产生不良的政治影响，如误杀，其严重后果则不可能补救和挽回。而且死刑遏制犯罪的功能也是有限度的，死刑不可不有，但亦不可多设，多设死刑并不能制止犯罪的增长，这是千百年来历史事实所确凿证明了的。因此从我国现实情况看，应重视限制死刑，慎用死刑，并充分运用我国刑法独创的死刑缓期执行制度，以网开一面。笔者还认为，对某些严重犯罪，无期徒刑同样具有替代死刑以遏制犯罪的功用，因此可考虑在修改刑法中减少一些死刑条款。现具体建议如次：

（一）减少现行刑事法律中死刑罪的条款，严格审查需增设的死刑罪的条款。在现行刑事法律挂死刑的条款中，可考虑删除死刑规定的有：

1. 盗窃罪。盗窃罪的发案率在诸种犯罪中所占比重最大，特别是重大盗窃、惯窃等对社会治安危害极大，此类罪犯一般亦较难改造，可见并不是无可杀之罪。但比较其他性质更为严重的杀人、抢劫、强奸等危及人民生命安全等犯罪来说，是否对盗窃罪可以不设死刑，也不是没有考虑的余地。首先，与世界各国刑法规定比较，我国刑法的处刑是较重的一个。如日本刑法对盗窃罪处以十年以下惩役，英国对加重侵入盗窃罪（携带枪械等武器侵入住所盗窃）处无期徒刑，美国对盗窃罪处五年以下有期徒刑，联邦德国对加重窃盗、武装窃盗、窃盗集团等最高法定刑是十年徒刑，并付“行为监督”（保安处分）。苏俄刑法典基于“社会主义公有财产是苏维埃制度之神圣不可侵犯的基础”的原则，规定盗窃特别巨额的国家财产或公共财产，处以八年以上剥夺自由至死刑，其中包括偷窃、抢夺、抢劫、贪污、诈骗等诸种侵犯公共财产犯罪行为。而偷窃公民个人财产的，则处十年以下剥夺自由。罗马尼亚刑法典也有类似规定，偷窃公共财产造成特别严重后果的，处死刑或十五年以上二十年以下徒刑，而偷窃私人财产，最高法定刑是五年，抢劫致死的最高法定刑是20年，均不设死刑。南斯拉夫联邦刑法典对盗窃罪情节特别严重的，最高法定刑是20年徒刑。其次，盗窃罪与诈骗罪比较，罪质基本相同，其造成的严重损害结果，有时前者还不及后者，因此从罪刑平衡上讲，亦需取消盗窃罪死刑。再次，对此类重大罪犯或惯犯的处置上，可参考各国刑法采取的以无期徒刑或长期自由刑以代替死刑的办法，并在适用假释与减刑条件上应较一般犯罪更严格，或规定服刑期满强制留场就业等，以达到预防其再犯罪之目的。

2. 投机倒把罪。欧美国家刑法典一般不直接规定投机倒把罪。苏俄刑法典第154条规定之投机罪，是以营利为目的而收买和转卖商品或其他物品。其中以投机为常业，或大量投机的处以七年以下剥夺自由。罗马尼亚刑法典第295条规定的投机倒把罪，处六个月以上五年以下有期徒刑。但苏、罗对涉及破坏国家金融、货币信贷制度的犯罪则处刑较重，如苏俄刑法典国事罪一章中第88条规定破坏金融业务规则罪，对以用货币或有价证券进行投机为常业，或进行巨额投机的，最高法定刑可以判处死刑。与上述国家刑法规定比较，我国刑法中的投机倒把罪所包含的罪状比较庞杂，是违反多种经济管理法规的犯罪行为。目前刑法修改中考虑将其中的哄抬物价、扰乱市场与掺杂使假，生产销售伪劣产品，严重损害消费者利益等犯罪行为单列出来，另立罪刑条款，即使这样，其内容仍然包括破坏金融性质的犯罪和一般意义上的投机倒把犯罪，因此设置死刑条款总的说是比较重的，这是一；第二，在经济体制改革时期，经济政策时有调整变化，投机倒把犯罪行为与经济违法行为、合法经营行为的界限也会相应发生变动。如产品经济时期将长途贩运、居间牟利视为非法，而在有计划的商品经济时期它却是对社会有益无害的合法行为。又如倒卖国家禁止、限制自由买卖的物资的种类，一般也要根据不同时期的经济政策而有所变化。有些物资此时允许自由买卖，彼时就可能加以限制、禁止。因此对这种罪与非罪界限容易发生变动的行为，更不宜设置死刑条款。第三，由于投机倒把罪涉及范围较广，内容庞杂，设置死刑条款容易导致与其他有关犯罪处刑上的不协调。前已指出的该罪与诈骗罪、制造贩卖假药罪、制造贩卖有害食品罪、销售伪劣产品罪在处刑上的不协调就是适例。第四，这类罪犯一般具有见利忘义，唯利是图，贪婪成性，肆意挥霍等特点，侥幸心理、冒险心理强烈。马克思提到过，资本“有百分之三百的利润，它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。”^①就是这种人的真实写照。因此在特殊预防手段上应注重剥夺其犯罪能力，长期地教育改造。

3. 强迫妇女卖淫罪与引诱容留妇女卖淫罪。对这类犯罪，各国刑法一般无死刑规定。如法国刑法典第335条规定，直接、间接据有、经营或资助娼馆者，处二年至十年监禁并科罚金。另外法院可宣告撤销其营业执照以及二年至十年禁止居留特定地区等处分。联邦德国刑法第181条规定，以强暴恶意之胁迫或诡计强使他人从事卖淫者，处一年以上十年以下自由刑，另外可宣告“行为监督”等保安处分。苏联东欧国家刑法也有类似规定，苏联刑法典第226条“开设淫乐场所和撮合通奸罪”规定，开设淫窟或意图获利而撮合男女通奸，处五年以下剥夺自由或处五年以下流放，可并科没收财产等。罗马尼亚刑法典第329条强迫妇女卖淫罪规定，强迫唆使或协助妇女卖淫而贩卖妇女的，处一年以上五年以下徒刑。从我国情况看，近些年来，这类犯罪现象有增无减，其原因是比较复杂的，需要打击与治理并举。死刑虽具有一定遏制犯罪的威慑力，但毕竟不是治本之计。而且死刑的设置，必须遵循以罪质的严重程度为标准的原则，才能真正发挥其震慑与遏制犯罪的功用。这和我们过去所说的“打得准，打得稳，打得狠”是一个道理。

4. 传授犯罪方法罪。这是人大常委会通过的《严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》新增列的罪名，这类犯罪对社会治安危害严重，立法加以惩处是完全必要的，但毕竟还不是直接教唆实施具体犯罪，况且对于被传授犯罪方法的人来说，有的愿意接受，也有的不愿意接受（尽管这不影响该罪的成立）。因此该罪社会危害性还没有达到必须适用死刑才

① 《马克思恩格斯全集》23卷829页

能控制的严重程度，在修改刑法时，取消死刑的规定是必要的。

（二）充分运用死刑缓期执行制度

死刑是根据犯罪行为特别严重的危害性适用于罪大恶极的犯罪分子，而死缓则侧重于犯罪分子的人身危险性适用于其中可以挽救和可能得到改造的人。犯罪行为的社会危害性和犯罪分子的人身危险性两者既有联系，也有区别。如果犯罪分子罪恶累累，凶残暴虐，其行为本身亦已表明是怙恶不悛不堪改造；但在罪该处死的犯罪分子中还有相当一部分人，就其主观恶性和悔罪表现来说，还不是不可救药的人或者是可以悯恕的人。这就是运用死缓制度，贯彻少杀政策的主要客观依据。如在司法实践中对限制责任能力的人，犯罪后自首或有立功表现的人，被害人有明显过错，罪犯系出于一时激愤而杀人的，民愤不是极大的等作为宣告死缓的情节，就是由于这些因素直接间接地反映犯罪分子主观恶性和改造可能性方面情况，因而予以区别对待。充分运用死刑缓期执行制度，在思想认识上需要解除“杀人偿命”“以牙还牙，以眼还眼”这一类报应刑观念的束缚，倡导“刑罚个别化”的思想。与此同时，还可考虑把司法实践中成功经验（如对有重大立功表现的死刑犯可宣告死缓等）加以制度化、法定化。此外，对我国刑法第44条关于“已满十六岁不满十八岁的，如果所犯罪行特别严重，可以判处死刑缓期二年执行”的规定，有必要予以删除。因为死缓是一种适用死刑的制度，是在应当判处死刑的大前提下，对不是必须立即执行的犯罪分子，判处死刑同时宣告缓期二年执行。显然死刑适用包括死缓。而该条前一部分已规定，犯罪的时候不满十八岁的人，不适用死刑。这样在立法上是前后矛盾，同时对不满十八岁的人实际上适用死刑，也不符合我国对违法犯罪的未成年人，以教育为主，尽量不适用刑罚的政策精神。

（三）严格死刑立即执行案件的复核程序

死刑复核程序是坚持少杀慎杀，防止误杀的一道特殊的审判监督程序。死刑立即执行案件由最高人民法院判决或核准，是我国行之有效的控制死刑的制度。我国刑法第43条规定，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。1979年的人民法院组织法也作了同样规定。1983年对这个规定作出了修改，补充：“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。”这是当时情况下为从重从快打击严重危害社会治安犯罪所采取的一项措施。但实行结果也有其副作用，即这类案件的第二审判决往往同时就是核准死刑判决的裁定，死刑复核只是办理一道合法手续，实际上形同虚设，不能起到审核的作用，这是近几年来，某些地区实际适用死刑增多，个别甚至出现错杀的原因之一。鉴于死刑的严厉性和不可挽回性，以及今后进一步限制和控制适用死刑的需要，同时也考虑当前司法干部业务素质和政策思想水平参差不齐的情况，笔者建议仍恢复刑法规定，即死刑立即执行的案件，一律由最高人民法院判决或核准。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：王敏远