

死刑的理性思考与现实选择

贾 宇*

关于死刑的存与废,在我国还没有成为一个引起普遍争议的问题。但是,我们不得不面对如何认识和评价死刑的问题。这涉及正在进行的我国刑事立法改革的方向,涉及现阶段刑事司法中是应当增加还是应当减少死刑适用的价值评判。

展开讨论之前,我们必须区分两个极易被弄混的问题。一、死刑是否应当废止?这是一个理性的问题,我们可以从三个不同角度来考察它:(1)死刑是否符合人类文明的发展方向?(2)死刑是不是一种有效的预防犯罪方法?(3)死刑存在的真实基础,或者说死刑发挥的实际功能是什么?二、死刑是否能够废止?换言之,死刑的废止需要一些什么样的条件?这是一个现实的问题,需要结合人类文明的发展程度特别是具体国家的国情来考察。这两个问题处于不同的两个层次。我们必须解决前一个层次上的认识,然后才能为现实问题的解决寻找正确的答案。

一、死刑的废止是人类文明发展的必然结果

从远古走来的人类,无法截然地与远古的历史一刀两断。人类今日的生活中,还残留着一些文明史前时期的遗迹。死刑,就是这样的遗迹之一。回顾死刑的发展史,我们不得不承认,死刑并非人类文明高度发展的产物,更不是随着人类文明的发展而越来越发达的。相反,死刑作为人类从未开化时期继承下来的遗迹,是随着人类文明的发展而逐步走向没落的。

马克思曾经清楚地揭示了死刑与原始社会以血复仇制度间的血缘关系:“死刑是往古的以血还血、同态复仇的表现。”^{〔1〕}无数的传说和研究都证明,地球上的所有人种都在其发展的某一阶段依靠以血复仇制度。在人类原始社会里实行了几千年的以血复仇制度,也有过初期、盛期和终期之分。以血复仇制度的终结,便是作为国家刑罚制度的死刑的产生。

比之以血复仇,死刑制度当然标志着人类文明的进步。但需要强调的是,死刑制度来源于以血复仇,仅此一点,就不能说死刑制度是人类文明高度发展的产物。从整个人类文明发展史来说,只能认为人类文明的发展促使着以血复仇的变种和逐步没落。作为国家刑罚制度的死刑,继承了以血复仇的衣钵,当然也继承了原始社会对其他违反禁忌者(如对近亲奸、妖术、渎神、反逆行为者)予以处死的习惯。只不过,作为阶级统治工具的国家运用死刑时越来越强调它

* 法学博士,西北政法学院教授。

〔1〕《马克思恩格斯全集》,第8卷,第358页。

用以维持阶级统治和阶级压迫的功能了。

死刑的历史在每个国家都是古老而漫长的,在每一个国家都经过了一个由滥用到慎用、由苛刻到轻缓的沿革过程,并且在为数不少的国家已经完全退出了历史舞台。

德国的《加洛林纳刑法典》是中世纪欧洲国家滥用死刑的典范。根据该法典,连在池塘捕鱼和堕胎也要处死刑,而且死刑的执行方法十分残忍,包括火烧、车裂、四马分尸、尖物刺死等。恩格斯 1850 年在《德国农民战争》一书中揭露道:“加洛林纳法典中的各章论到‘割耳’、‘割鼻’、‘挖眼’、‘断指断手’、‘斩首’、‘车裂’、‘火焚’、‘夹火钳’、‘四马分尸’等等,其中没有一项没有被这些尊贵的老爷和保护人随一时高兴就用在农民身上。”^[2]但是 1780 年至 1790 年的德国皇帝约瑟夫二世,由于受到贝卡利亚的启蒙主义思想影响,于 1786 年宣布在他统治下的奥地利各邦废除死刑。他的弟弟托斯卡纳大公利奥波德也在其领地里采取了同样的做法。后来的德国又在相当长的时间里恢复适用死刑,尤其在希特勒法西斯主义统治时代达到了惨虐的高峰。但德国最终彻底废除了死刑,而且这一改革是在德国分裂时期实现的:德意志联邦共和国在 1945 年仅对谋杀罪保留了死刑,1949 年基本法宣布对一切犯罪废除死刑;德意志民主共和国于 1987 年发布命令,声明“遵照联合国关于逐步从国家生活中消除死刑的建议,立即废除一切死刑”。

在立法上对死刑存废的变革反复最多的是俄国。沙皇俄国彼得大帝的女儿叶利扎维塔女皇,是世界上废除死刑的第一个成功实验者。早在贝卡利亚的著作问世 23 年前,叶利扎维塔女皇即位之时,就宣布在她的统治下不执行死刑。她信守这个许诺,并在 1753 年第二次训令中强调这一点,决定性地废除了死刑。女皇治世 20 年后于 1761 年去世。全世界为这个极为大胆的实验而瞠目,惊异俄国的一般犯罪没有象所有人预计的那样增加。在彼得三世和叶卡特琳娜二世统治期间,俄国执行的死刑也很少。可能是受人道主义和启蒙主义精神的影响,叶卡特琳娜二世于 1766 年发出行政改革和制定新法的诏令。其中说:“社会处于正常状态时处死国民既无益也无必要。”^[3]社会主义苏联时期,死刑走过了三次废除、三次恢复的道路。第一次废除死刑,是在 1917 年“十月革命”胜利后的第二天,全俄苏维埃第二次代表大会通过了一个关于废除死刑的法令。但为了镇压反革命分子的反抗,死刑的适用很快就恢复了。第二次废除死刑是在 1920 年,根据列宁关于苏维埃政权已经巩固,恐怖要限制在“最小最小的限度以内”的指示,苏维埃政府以全俄中央执行委员会和人民委员会的名义颁布了《关于彻底废除适用极刑(枪决)的决议(第 79 号)》。这次废除死刑本身就是有条件的,明确宣布今后是否恢复适用死刑,取决于各国政府和地主阶级的反抗程度。1922 年苏俄刑法典又恢复了死刑。第三次废除死刑,是在伟大的卫国战争胜利后,1947 年苏联最高苏维埃主席团颁布《关于废除死刑的法令(第 518 号)》,宣布在和平时期废除死刑的适用。但是不到三年,死刑又恢复了,1950 年宣布“对祖国叛徒、间谍和反革命破坏分子适用死刑”;1954 年宣布对情节严重的故意杀人罪适用死刑。现在的俄罗斯也没有废除死刑,但只适用于严重刑事犯罪,不适用于经济犯罪。虽然俄国在死刑的存废方面反反复复,但前苏联及俄罗斯学者对死刑的基本观点是一贯的:第一,俄国对刑事立法中保留死刑始终持否定态度,但承认革命时期不能废除;第二,死刑是一种权宜之计,国家对

[2] 前引[1],第7卷,第397页。

[3] (德)布鲁诺·赖德爾:《死刑的文化史》,生活·读书·新知三联书店 1992 年中文版,第 160 页。

其应当限制、减少适用并逐步走向完全废除。^[4]

根据大赦国际的最新统计,到 1995 年 9 月底,世界上已有一半以上的国家和地区在法律上废除死刑或在实践中不执行死刑。其中全面废除死刑的 54 个,对普通犯罪(不包括战争罪、军事罪等)废除死刑的 16 个,法律上虽规定死刑但 10 年以上未执行死刑的 30 个,共 104 个;还保留死刑的国家和地区只有 94 个。^[5]另据统计,仅在 1976 年——1990 年这短短 14 年间,即有 31 个国家对全部犯罪或普通犯罪废止了死刑。^[6]可见,废除死刑运动已成为世界性的趋势,且来势迅猛。

中国死刑制度的沿革与外国并无大的差异,仍然是一个由多到少、由苛刻到轻缓的过程。

中国古代的死刑也曾经十分苛刻。《淮南子·论俗训》记述:“夏桀殷纣,燔生人,辜谏者,为炮烙,铸金柱,剖贤人之心,析才士之胫,醢鬼侯之女,菹梅伯之骸”;“剗谏者,剔孕妇,攘天下,虐百姓”,其残酷程度令人不忍卒读。西周作《吕刑》,五刑之律共 3000 条,其中大辟(死刑) 300 条。根据 1975 年湖北省云梦县睡虎地出土的秦代竹简来看,秦律中的死刑就有四种:其一戮,即刑杀,或者戮尸;其二弃市,即杀之于市,暴尸于众;其三磔,即分裂其肢体致死;其四定杀,即将犯人固定水中,淹溺而死。但见诸后世史籍的秦代死刑,还有车裂、扑杀、夷三族、枭首、腰斩、肢解、凿颠、抽胁、镬烹、具五刑等。^[7]这些死刑,有些是法定刑,有些则是法外滥刑。

汉唐盛世,死刑较前大有减轻。根据《九朝律考》,汉朝死刑刑名有三,为枭首、腰斩和弃市。到《唐律》,死刑刑名减为两种,为绞、斩。而且“九十以上七岁以下,虽有死罪不加刑”,从主体上限制死刑的适用。据史籍记载,唐朝贞观四年,断死罪 29 人,开元二十五年,也只处死 58 人而已。虽然死刑制度在宋、元、明时代又有反复,但自清末《大清新刑律》后,死刑就变为一种,且均规定执行死刑必须秘密进行。中华人民共和国成立以后,我党确定了我国“绝不废除死刑,但要少杀、慎杀”的死刑政策。“绝不废除死刑”,是基于中国国情和巩固政权的现实需要;“要少杀慎杀”,是因为认识到了死刑的不合理本质。比之北洋政府时期和国民党统治时期,我国在死刑制度的轻缓化方面又有了大的进步。

可以肯定地说,无论在哪个国家,死刑都是从原始社会以血复仇制度演变而来的,它绝不会随着人类文明的发展而发扬光大。死刑的最终废止是历史的大趋势,是人类文明发展的必然结果。

二、死刑对于犯罪并无有效的威慑力

坚持留置死刑甚至极力主张扩张死刑立法、增加死刑适用的主张,一直有一个“坚实”的论据,那就是,死刑具有最大的威慑力,是预防犯罪最有效的手段。一方面,死刑用最简单、最经济的方法,从肉体上消灭了犯罪人,彻底铲除了该犯罪人重新犯罪的条件;另一方面,执行死刑所产生的恐怖效应,必然能够最大程度上阻止其他潜在犯罪人实施犯罪。

[4] 参见陈明华《当代苏联东欧刑罚》,中国人民公安大学出版社 1989 年版,第 103 页以下。

[5] 大赦国际 1995 年 12 月发布的活页资料。

[6] 参见甄本义男译《世界的死刑》,成文堂 1990 年 12 月日文版,第 194 页以下。

[7] 参见周密:《中国刑法史》,群众出版社 1985 年版,第 179 页以下;另参见崔敏《中国当代刑与法》,群众出版社 1993 年版,第 53 页。

死刑是否具有人们所期望的最大威慑力和一般预防效果呢?

1. 从理论上讲,死刑不可能对犯罪产生有效的威慑力。

“治乱世用重典”,以重刑威慑阻遏犯罪的思想,早在我国春秋战国时期就已经被法家一派的法律思想家们奉为预防犯罪、治理国家的经典。对这种思想进行理论上阐释,最系统的应属近代德国刑法学家费尔巴哈的心理强制说。费尔巴哈认为,人人都有趋利避害、向乐避苦的心理,这就是人们实施一切行为的心理动机。犯罪人之所以要实施犯罪,是因为犯罪行为能给他带来某种欢乐;而如果有一种犯罪后的必然结果能够让犯罪人承受大于犯罪欢乐的痛苦,犯罪人就会放弃犯罪的念头。刑罚就是为犯罪人设定的这种一种痛苦。每个犯罪人在实施犯罪之前,必然在犯罪之乐与刑罚之苦之间进行选择,只要刑罚有可能带给他足够的痛苦,他就不会选择犯罪。死刑能带给犯罪人的痛苦是最大的,当然就对犯罪人有着最大的心理强制,对犯罪行为有着最有效的遏制力。

然而,它却忽视了一个根本的道理:乱世并不是轻典的结果。犯罪人实施犯罪,特别是某些重大犯罪,主要原因也不是他权衡后认为刑罚不重才选择的结果,因此重典治不了乱世,死刑也吓不住重罪。

首先,从犯罪产生的根源来看,它是一定社会中政治、经济、文化教育、道德观念、家庭关系等等社会因素与犯罪者个体相互作用的产物。死刑不可能根除产生犯罪的复杂社会根源,自然不可能从根本上遏制犯罪的产生。中国清末伟大的法学家和法律改革家沈家本曾经指出:“苟不能化其心,而专任刑罚,民失义方,动罹刑纲,求世休和,焉可得哉?”沈家本还在考证明太祖朱元璋严刑峻罚而收效甚微的历史事实后,指出:“上之人不知本原之务,而徒欲下之人不为,非也。于是重其刑诛谓可止奸而禁暴,究之奸能止乎?暴能禁乎?朝治而暮犯,暮治而晨亦如之,尸未移而人为继踵,治愈重而犯愈多。”^{〔8〕}“见重刑之无效,治世之道当探其源也。”^{〔9〕}结论是:“化民之道,固在政教,不在刑威也。”^{〔10〕}按照今天我们的认识,应该说,犯罪的根源不在于刑罚的轻重,要预防犯罪,真正的治本之策还有赖于有效的社会综合治理。

其次,从刑罚产生一般威慑效果的心理机制来看,刑罚要对潜在犯罪人产生一般威慑效果,前提是潜在犯罪人明知自己的行为构成犯罪,并且确信刑罚是犯罪的不可避免的后果。问题就出在这个前提下。潜在犯罪人是否明知自己的行为构成犯罪?我国司法实践中不乏受害人在受害后邀集亲友杀死流氓强奸罪犯的“为民除害”案件,父兄合谋杀死忤逆之子的“大义灭亲”案件,愚昧无知的文盲妇女被他人利用运输巨额毒品的案件等等。这些案件的犯罪人或根本不知道自己的行为是犯罪,或根本不了解自己的行为严重至于死罪,死刑对他们怎样发生威慑?退一步,假设绝大部分潜在犯罪人明知自己的行为已构成犯罪,那么,他是否确信刑罚是其犯罪行为的不可避免的后果?这一环节上问题更大。身居高位的贪污犯、受贿犯,在实施犯罪行为时,不必确信自己的行为将使自己丧命,只要确信必然的后果是丢掉乌纱帽,也足以遏止他的犯罪决意。但具体案件的当事人,心理上缺乏的却正是这种“确信”。他们根本不相信自己的犯罪行为会败露,对于自己逃脱惩罚的机率充满侥幸。所以列宁说:“惩罚的警戒作用决不是看惩罚得严厉与否,而是看有没有人漏网。重要的不是严惩罪行,而是使所有一切罪案都真

〔8〕 沈家本《历代刑法考》,中华书局1985年版,第1卷,第171页以下。

〔9〕 同上书,第64页。

〔10〕 同上书,第4卷,第2025页。

相大白。”^{〔1〕}

再次,我们从潜在犯罪人对死刑的态度来看。死刑有无心理上的威慑,只能是对那些潜在的重大犯罪人而言。一般盗窃犯在犯罪时不可能感受到死刑的威慑。那么,潜在的重大犯罪人都是些什么样的人呢?(1)前述的经济犯罪人最有可能清醒地权衡犯罪之乐与刑罚之苦的比重,但强大的侥幸心理将这种权衡冲抵得荡然无存。谋杀犯和大部分抢劫犯、重大盗窃犯等,都属于这种情况。(2)政治犯罪人可能十分清楚其犯罪与死刑之间咫尺之遥的因果联系,但这些被刑法学家称为‘确信犯’的人,对其理想和信念的确信,早已淹没了对死刑的恐惧。(3)激情犯、情境犯实施严重罪行,如某些杀人、伤害、强奸等,犯罪人多是出于某种矛盾激化或情境刺激,以致丧失理智、感情冲动而在一瞬间实施了犯罪行为。这种情况下,犯罪人‘鬼迷心窍’,往往不可能准确地去酌量其犯罪可能造成的法律后果,更不可能清醒地权衡实施犯罪之乐与应得刑罚之苦的得失比例。对这些人,死刑的威慑力可以说来不及发挥。(4)还有一些可称之为‘亡命徒’的犯罪人,虽然明知自己犯罪行为的严重性并确信犯罪后必然被判处死刑,却仍然要孤注一掷实施犯罪。对这一类犯罪人,死刑的威慑力明显没有任何意义。

2. 从实践中考察,死刑也从未对犯罪产生过有效的遏制力。

马克思在《死刑——科布顿先生的小册子——英格兰银行的措施》一文中指出:‘历史和统计科学非常清楚地证明,从该隐(基督教《圣经》中亚当的长子,曾杀死他的弟弟亚伯)以来,利用刑罚来感化或恫吓世界就从来没有成功过。适得其反!’马克思在这篇文章中,还引用了《晨报》发表的一篇很有趣的日志:英国在 1849 年 3 月—4 月间,每当对罪犯执行死刑后,立即又有杀人案和自杀案发生。在引用了这份材料之后,马克思总结道:‘这个统计表证明,不仅自杀而且连最残暴的杀人行为都是在处死罪犯之后立即发生的。’^{〔2〕}

中国自古崇尚‘治乱世用重典’,但基本的历史事实是,从来没有一个乱世是因严刑峻法而得到治理的。殷商作炮烙、醢脯之法,‘淫刑以逞,而国亦随之亡矣。然则重刑何为哉?’《班固《刑法志》之言曰:‘秦始皇兼吞六国,遂毁先王之法,灭礼谊之官,专任刑罚,……而奸邪?生,赭衣塞路,圜墙成文,天下愁怨,溃而叛之。观于斯言,则重刑之往事大可鉴矣,世之用刑者,慎勿若秦之以刑杀为威,而深体唐虞钦恤之意也。’至隋朝,隋文帝‘以盗贼不息,乃益肆淫刑’,生杀任情,罪及九族,‘其尤重者,行轘裂鼻首之刑,或磔而射之,命公卿已下,齧其肉。百姓怨嗟,天下大溃。观于炀帝先轻刑而后淫刑,与文帝如出一辙。文淫刑而身被弑,炀淫刑而国遂亡。……世多以隋与秦并称,秦乎隋乎?其淫刑者之龟鉴乎?’^{〔3〕}历史的教训切不可等闲视之。

本世纪二十年代以来,国外许多学者就死刑与凶杀犯罪发案率之间的关系进行过大量的研究。使用的方法有两种。第一种是在实行死刑的国家与废除死刑的国家之间、或实行死刑的州与废除死刑的州之间就凶杀案发案率进行比较,这是一种横的比较。第二种是在同一个国家或同一个州之内对废除死刑或恢复死刑前后的凶杀案发案率进行比较,这是一种纵的比较。1919 年,莱伊默德·帕伊利用有关资料,最早对美国死刑遏制力状况发表了实证研究报告,之后萨瑟兰多和喀库帕脱里库、埃来等纷纷发表了研究成果,共同的结果都否认死刑对于犯罪的

〔1〕《列宁全集》,第 4 卷,第 356 页。

〔2〕前引〔1〕,第 578 页。

〔3〕前引〔8〕,沈家本著,第 11 页、第 17 页、第 46 页以下。

抑制力。^[4] 研究者认为,废除死刑的国家其杀人犯罪率未见比保留死刑的国家更高;同一国家内地理环境邻近或社会经济状况差别不大的保留死刑和废除死刑的州,杀人犯罪率亦无明显区别,甚至得出相反结论,如“保留死刑的伊利诺斯州 1931 年到 1946 年的杀人犯罪率比废除死刑的威斯康星州高出 4 倍;而废除死刑的明尼苏达州与保留死刑的科罗拉多州相比,杀人案件的发生率前者比后者减少 2 倍半”。^[5] 瑞士依其 1942 年生效的刑法,有 10 个州保留死刑,而其他 15 个州废除了死刑。但这两类州之间,杀人犯罪率并无显著差异,也没有发生过一起杀人犯特地跑到死刑废止的州去杀人的案件。^[6] 从纵的比较看,在废除死刑的国家,如奥地利、德国、荷兰、比利时、意大利、瑞典、芬兰等,其杀人犯罪率并不因为死刑的废止而突然上升,相反,在有些国家甚至有下降的趋势。例如,联邦德国废除死刑的前一年即 1948 年杀人犯为 427 人,而废除死刑的 1949 年杀人犯人数降至 410 人,其后逐年下降,至 1952 年时只有 309 人犯杀人罪。^[7] 奥地利先后共五次宣布过死刑的恢复或废止,但杀人犯罪率始终未有过任何重大的改变。^[8] 还有人研究过使用死刑的频繁程度与凶杀发案率之间的关系。舒斯烈尔和贝利将保留死刑的州内判处死刑率与凶杀发案率作对比,结果认为二者相互关系不大。^[9] 可见,所谓死刑对于其他人犯罪的威慑作用,只不过是一种虚构的设想而已。

我国近十六年来的刑事立法与刑事司法实践对于死刑是否有遏制力的问题更有着最强的说服力。

我国 1979 年颁布的刑法典,规定死刑的条文只有 7 条,可以适用死刑的罪名只有 28 种。但在刑法施行至 1996 年的短短 16 年中,在全国人大常委会先后通过的 23 个决定和补充规定中,有 14 个规定了死刑,死刑条文达 33 个。目前我国可以适用死刑的罪名共达 74 种之多。从司法实践来看,1983 年至今,“严打”斗争持续了十多年,司法机关对犯罪分子发动了一次又一次的“战役”和“专项斗争”,实际执行死刑的数量也不少。按照死刑具有最大威慑力的理论,严重刑事犯罪率应当是呈下降趋势的。但不尽人意的是,严重刑事犯罪率不仅居高不下,而且日益严重,治安形势令人忧虑。

根据官方统计数字分析:(1) 凶杀、伤害、强奸和严重盗窃(这些罪的法定最高刑均为死刑)在刑事案件总数中所占的比重自 1983 年开始“严打”以来并未下降,反而一直呈上升趋势。由 1982 年的 13.2% 上升到 1987 年的 29.4%,增长了一倍还多。(2) 处死刑比例很高的凶杀案,到 1989 年已比 1982 年增长了近乎一倍;而强奸犯罪竟在“严打”后第一年的 1984 年就增加了 23%。(3) 严重刑事犯罪迅速增长的势头没有得到遏制。与 1982 年刑事立案数相比,在 1983 年“严打”开始后的 8 年(1984—1991)中,凶杀案平均每年递增 30%,强奸案每年递增近 20%,伤害案每年递增 35%,抢劫案每年递增 80%,严重盗窃案每年递增 3 倍。^[10]

面对这样的统计数字,仍有人说,若不是死刑发挥了遏制作用,严重刑事犯罪的增长幅度还不知要比现在高多少倍呢!但是,有什么证据证实这种推测的正确性呢? 有人认为增加死刑

[4] 参见鞠本义男:《日本的死刑废止论》,成文堂 1983 年日文版,第 191 页。

[5] 参见(日)石原明等:《刑事政策》,1980 年日文版,第 138—139 页。

[6] 转引自黄太云:《增加死刑能否遏制犯罪》,《法学家》1994 年第 4 期。

[7] 转引自赵秉志、张智辉、王勇:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社 1989 年版,第 138 页以下。

[8] 希维茨:《犯罪学手册》,第 11 卷第 6 页。

[9] (挪威)约翰尼斯·安德曼斯:《刑罚与预防犯罪》,法律出版社 1983 年中文版,第 144 页。

[10] 参见前引 [6],黄太云文。

能遏制犯罪,于是大幅度地增加了死刑。得到的结果证明是死刑并未遏制住犯罪。可以肯定的结论不就是这样吗?

我们只想着重指出:死刑对于犯罪并不具备有效的一般预防作用,如果加强甚至增加死刑适用的理由是要“治乱世”,预防其他人犯罪,则结果必然是不尽人意的。其实还有更深层的问题值得思考。马克思说:“一般来说,刑罚应当是一种感化或恫吓的手段。可是,有什么权利利用惩罚一个人来感化或恫吓其他人呢?”^[21]特别是在我们认为一个罪犯无权杀死其他公民,否则即为重罪的前提下,国家杀死这个罪犯以威慑其他人的权力是从哪儿来的呢?

三、死刑的现实功能是满足报应观念

国家适用死刑的目的在于一般预防和特殊预防。我们已经清楚地证明,死刑能够产生一般预防效果的设想是缺乏根据的。那么,应当如何认识死刑的特殊预防效果呢?

就特殊预防而言,死刑无疑是最有效的措施。但是这种剥夺犯罪人生命权、将犯罪人永远摒弃出社会的特殊预防措施并不是社会可以任意适用的。仅从特殊预防的理论角度来讲,社会只能在一种情况下适用死刑:确信该犯罪人必然还要危害社会,而社会没有任何别的方法可以防止他再犯罪。但在和平时期存在这种情况吗?死刑所能达到的特殊预防效果,无期徒刑也能达到。有人认为,无期徒刑存在被减刑或假释的可能性,会影响特殊预防的效果。实际上这种担心是没有必要的,因为:一方面,对无期徒刑犯予以减刑或假释,本身就要求以犯罪人不致再危害社会为条件;另一方面,还可以考虑无假释可能性的无期徒刑。^[22]至于在战争或类似情况下(如打击黑社会犯罪的需要),由于形势的发展动荡不定,或者犯罪人有着监狱所无法控制的影响力,除死刑外,无期徒刑与其他刑罚都不具备不可挽回的现实性。而战争等类似情况需要这种现实的不可挽回的惩罚措施,那是另外一回事。可见,除了在战争或类似情况以外,特殊预防并不能作为适用死刑的充分理由。

那么,除了国家以死刑的威慑力预防犯罪以外,死刑的存在是否还有什么其他的现实的支柱呢?

我们认为,死刑所发挥的最现实的功能,也是死刑得以存在的最强大的支柱,是满足人们的报应观念,或者说是满足人们的本能的报复心。

曾有一名残忍的罪犯为一点小小的纠纷,将一名无辜的少年毒打致死。任何一个正直的公民都对罪犯充满义愤,笔者也曾为该罪犯被处死刑而感到“大快人心。”“只看到残忍的杀人现场,或只听到杀人样子的人,可以在即使将犯人碎尸万段也不满足之地位上考虑问题,不会有轻易赞成死刑废除论的心境。”^[23]这就是人的本能。如果不从整个人类进步的高度对此进行理性思考,而只是从个人的感觉和义愤出发来表态,不可能有多少人会赞成废除死刑。

“生命刑是基于伦理、正义的必要要求”,^[24]“死刑对被害人和广大群众具有安抚慰藉作

[21] 前引[1],第578页。

[22] 参见[美]莎莉·康斯坦里奥、马克·康斯坦里奥:《生死裁判》,载《人类行为与法》1994年4月号英文版,第163页,美国Dlenum出版社。

[23] 团藤重光《关于废除死刑》,[日]铃木敬夫译,《外国法译评》1993年第3期,第87页。

[24] 陈兴良:《剏种通论》,人民法院出版社1993年版,第48页。

用”^[25]，“对于情节严重的谋杀者不处以死刑，便意味着被害人的生命不如犯罪人的生命重要”；^[26]对严重的犯罪分子“不杀不足以平民愤”，杀了就能“大快人心”。这一系列不同的说法，实际上都表达了相同的意思，即：死刑能够满足人们的报应观念，抚慰人们的报复心。实际上，这也正是死刑所真正发挥的现实的功

能。伦理、正义、公正、公平都是抽象的概念，实际上他们运用于刑罚问题上，其信心内容都是一个，那就是报应。“如果没有了死刑，社会将感觉到它对犯罪人没有获得充分的报复。”^[27]

报应和复仇的呼声是一种客观的存在。但这种客观存在，并不是人类理性的产物，而是人类野蛮时代报复本能的沿袭。在原始社会，它是以血复仇制度存在的基础。到了阶级统治的年代，人们仍然要求替代以血复仇的死刑制度，来完成报应和复仇的功能。格老秀斯就曾明确地指出：刑罚产生于一种人与兽共有的本性，即复仇的欲望。因此他给刑罚下了一个定义：刑罚是“要求惩罚邪恶行为的邪恶欲望”。^[28]对犯罪人处以刑罚只不过是攻恶。当我们超越自己的本能而以理性的态度来审视自己的报应要求时，就不得不承认，格老秀斯的定义是接近真理的。

死刑在中国几千年的刑罚史上，始终在发挥着满足民众报应观念、平息民众报复心理的功能，但它的这种功能，并不是统治者运用死刑时所期望的主要功能，统治者期望死刑发挥的是遏制犯罪、治国平天下的功能。于是，死刑就在这完全不同的两个支撑点上延续并发展下来：民众为了满足报应观念而呼吁死刑；统治者为了遏制犯罪而适用死刑。两者的要求不谋而合，都认为万万不可没有死刑。

现在看起来，死刑存续的两个支撑点都存在疑问，死刑能够遏制犯罪只不过是一种幻想，我们对此已经作了充分的论证。至于用死刑来满足民众的报复心，则无论如何都不能说它符合文明时代人类的理性。马克思说：“的确，想找出一个原则，可以用来论证在以文明自负的社会里死刑是公正的或适宜的，那是很困难的，也许是根本不可能的。”^[29]

提及“现代文明社会尊重一切人包括罪犯的生命”的命题，有人存在这样的疑问：“是否就意味着成为犯罪对象的普通人的生命、健康和公众巨额财产的价值就不如罪犯的生命、健康和财产的价值重要呢？”^[30]这里有一个价值认识问题。受害者的生命很重要，所以损害他的犯罪人要受到严厉的惩罚；人的生命都很重要，所以社会不能为了惩罚犯罪人而象犯罪人曾经做的那样再损害一个生命。这才是现代人类文明所要求的价值观。古希腊哲学家柏拉图，就已经否认将报应作为刑罚存在的正当理由。他借普罗塔哥拉之口说：“任何人也不是仅仅因为过去而处罚，那就象野兽一样是在要求盲目的报复，有理性的人处罚是为了防止犯罪和让观看处罚的人今后不要作恶。”^[31]

法学家对刑罚目的的认识，经过了从报应刑到教育刑的历史进步过程，这是人类理性的飞跃。但普通民众对死刑的强烈呼吁，仍然反映的是原始的报应观念。我们必须分清对死刑的理

[25] 杨聚章：《试谈死刑制度》，中国法学会刑法研究会 1994 年研讨会论文。

[26] 参见樊凤林主编：《刑罚通论》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 153 页。

[27] [英] 梅因：《古代法》，商务印书馆 1984 年中文版，第 219 页。

[28] 转引自黄风：《贝卡利亚及其刑罚思想》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 86 页。

[29] 前引 [1] 第 578 页。

[30] 张利民：《关于中国死刑适用的思考》，《现代法学》1994 年第 6 期。

[31] 前引 [28]，黄风书，第 83 页。

性认识和本能要求,必须分清现实的“是”与理性的“应当是”。为了一个政权的存在,统治者不能不考虑大部分民众的现实要求;为了一个民族的发展,学者不能不进行高于民众现实要求的理性思考。有人立足于“立法上扩大死刑的适用是客观现实的要求”,批评死刑应限制适用的通说“来源于理性的论证和简单借鉴外国立法例,难免脱离中国实际”。^[62]这种对理性价值的贬低,很难让人赞同。因此,有必要强调我们的思考方法:首先,必须以理性的眼光来审视死刑;其次,才是以现实的态度来改造死刑。

我们进行理性思考的结论是:1. 死刑是从原始社会血腥的以血复仇制度遗留、演变而来的产物,它必然随着人类文明的发展而废止;2. 死刑并不具备预防犯罪的有效威慑力;3. 死刑所真正发挥的现实功能只是满足民众的报应观念,而要求死刑的报应观念,已不符合人类文明发展的要求;4. 国家为了满足民众的报应要求而适用死刑,应当说是一种不得已而为之的措施,对其只能采取谦抑而非扩张的态度。

四、中国死刑制度发展的合理方向

死刑在中国必然也要废止,这是不可逆转的方向。清醒地认识这一点十分重要。日本、印度、俄罗斯都没有废除死刑,但它们的大多数学者都认为死刑的废止是必然的事情,目前不废止是迫不得已。虽然都是保留死刑的国家,我国与它们在普遍认识上是有距离的。

辨清了大方向,即解决了理性层次上的问题后,我们来考察现实层次上的问题:我国能不能废除死刑?在什么条件下才能废除死刑?

回答这一问题不能脱离中国的国际,也不能脱离国际环境的实际。

从国际环境来看,当然是有利于向废除死刑方向发展的。

1. 废除死刑已成为世界性的趋势。大多数国家由于人权运动的推动,国民对死刑的态度大多趋向否定。如前所述,目前世界上通过立法程序废止死刑的国家已超过半数。而且,保留死刑或在实际上废除死刑的国家又各自情况不同:有很大一部分国家仅对谋杀罪、战争罪等几个特别严重的罪名适用死刑,如美国保留死刑的州仅将死刑适用对象局限于谋杀罪中最严重的罪行——一级谋杀罪;有些国家虽宣称适用死刑但实际上很少执行死刑,如我国的东邻日本,1990年至1992年这3年间,未执行一起死刑。所以目前虽有近一半国家还保留死刑,但其中不少国家都把死刑作为万不得已的以恶除恶方法,不等于这些国家都推崇死刑。从1976年—1990年这短短14年间有31个国家废除死刑的势头看,废除死刑的国家总数在近几十年内还会增长。这种国际大环境会对中国人的观念起到潜移默化的作用。

2. 不少具有东方文化传统的国家和经济文化水平相对落后的国家,也已步入废除死刑或很少执行死刑的行列。

以前我国不少人把废除死刑和不执行死刑完全看成是发达资本主义国家的事情,认为其原因在于高度发达的社会经济和独特的民族历史传统。但对国家间的横向比较研究证明,这种观点是不完全切合实际的。从经济的发达程度来看,印度在整体上还不如中国,其国内的宗教矛盾、民族矛盾、中央和地方的矛盾及种姓制度所引起的社会矛盾,远比我国的社会矛盾尖锐复杂。但是,印度现行刑法典只有6个规定死刑的条文,死刑仅仅适用于对印度进行战争罪、帮

[62] 前引[60],张利民文。

助军人叛变罪、谋杀罪、无期徒刑犯在刑罚执行期间又犯谋杀罪、帮助特定的人犯谋杀罪和土匪犯谋杀罪等罪名。也就是说,印度的死刑只适用于几种严重的谋杀罪和两种军事犯罪。蒙古在社会制度方面与中国有可比性,其经济状况也比中国落后,但它在限制死刑方面也走得很快。四十年代初,蒙古刑法典中还有44个死刑条文,其中仅反革命罪就有12条挂有死刑,但到1961年颁布新的刑法典,死刑条文已减少到7条,适用死刑的罪名也仅限于间谍罪、恐怖罪、破坏罪、盗窃国家或公共财产罪、故意杀人罪、盗窃私有财产罪和抢劫罪。在文化传统和价值观念方面,东邻日本应当说与我国有最大的相似性。但日本现行刑法典只有11个条文规定死刑,死刑罪名也只有11种,而且在死刑适用上越来越谨慎。从1948年到1984年,日本一审宣判死刑的人数共712人,实际被执行的共544人。从逐年统计数据的变化可以看出两个特点:一是—审被宣判死刑的人数逐年下降,1948年被宣判死刑的是116人,而从1969年开始,每年只有数人,只有1982年超过10人;二是实际执行死刑的人数逐年下降,1958年以前的大部分年份每年实际执行都在30人以上,但自1972年开始每年实际执行都只有数人(除1975、1976年超过10人)。^[63]

3. 国际合作领域竭力促进废除死刑运动。联合国及其有关组织自五十年代以来,即呼吁各个国家减少死刑的适用。进入八十年代以后,联合国对死刑的态度和立场变得越来越强硬,直接敦促而不仅仅是呼吁各国废除死刑。1989年12月25日,第44届联合国大会还以59票赞成、26票反对、48票弃权通过了《联合国废除死刑公约》(第二选择议定书)。该公约要求各成员国除战时以外,应当无保留地、尽快地废除死刑,宣称废除死刑有助于人类尊严之提升及人权更进一步地发展。现在,在这一议定书上签字的国家已达到使之生效的法定数目,并正向世界所有的国家开放。改革开放中的中国不可能不受到国际社会的影响,我国近年来一直没有公布死刑数目,当然主要是为了避免世界上少数国家把死刑问题作为干涉中国内政的口实,但同时说明,我们是顾忌国际舆论的。只要国际社会不以粗暴的态度干涉中国内政,在这方面,中国是会逐步适应世界步伐的。

而从中国国内的实际情况来看,死刑的废除就不是朝夕之间的事情了。

现阶段中国死刑立法及死刑适用状况,是基于两个支撑点:其一,刑事立法的决策者们确信治乱世必须用重典,认为加强死刑的适用能够有效的遏制犯罪率的增长;其二,广大民众对于严重的刑事犯罪有着强烈的报应观念。这两个支撑点的存在,决定了当前中国绝对不可能立即废除死刑。而中国的死刑制度将在今后多长的时间内逐步废除,也取决于这两个支撑点的弱化程度和速度。

首先,要解决刑事立法决策方面对死刑的认识问题

认识问题的解决会很困难,但也不是不可解决。(1) 社会转型时期各种矛盾、各种社会问题所导致的较高的犯罪率会随着经济体制改革和政治体制改革的进一步发展、各种社会关系的理顺,而慢慢降下来。(2) 增加死刑立法、加强死刑适用的政策,经过十多年的实际检验,越来越明显地显现出它的无效果甚至副效果来,有关方面不能不对此进行重新审视。(3) 国际社会的普遍要求也不能不考虑。如果意识到我们的死刑政策并不能取得预期的效果,何必要为此承受国际社会的非议,让这些非议影响中国对外交往的发展?(4) 刑法学家和犯罪学家们要以追求真理的精神,积极地就死刑问题展开广泛的讨论,首先在理论界就死刑的存废达成共识,并将

[63] 参见大昉仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1987年改订(日文版),第458页。

这种共识推而广之,争取获得刑事立法决策阶层的响应。

如果刑事立法的决策者对于死刑没有一个恰当的认识,中国死刑制度的合理发展就不可能起步,更谈不上废除死刑问题。所以这一点是核心与关键。反之,如果消除了死刑能够遏制犯罪率上升的迷信,许多犯罪的死刑问题很快就可以解决。如经济犯罪、政治犯罪等的死刑,本来就不是根据“民愤”规定的,即使立即废除也不会引起普通民众太大的关注。

其次,要逐步淡化广大民众的报应观念。

两千多年封建社会,本身就以等级特权为社会结构的基本特征,虽然也承认生命的价值,但这种生命价值被分为三六九等,上等人的生命是宝贵的,下等人的生命则次之,如果是连下等人也算不上的罪犯,就不会有多少人认为他的生命还有多大价值。所谓上等人是这种意识,普通老百姓也是这种意识。普通民众在贬低罪犯生命价值的同时,也贬低了自己的生命价值,承认自己的生命不如达官显贵的生命尊贵。到了半殖民地半封建社会,中国人固有的等级观念里又多了一层比我们自己尊贵的人,那就是洋人。推翻三座大山的压迫以后,中国人民在政治上、经济上翻了身,但在人权认识方面还没有彻底翻过身。普通民众甚至知识阶层对于人人生而平等的思想并没有深刻的理解和领会,仍然在贬低自己人格价值的同时,颇带优越感地贬低着罪犯的人格与生命。

因此,要淡化广大民众在刑罚思想方面的报应观念,并不是一件简单的事情。它的背后,是如何提高我国人民的社会主义民主意识、如何加强我国人民法制观念的伟大工程。我们每一位刑事法律工作者以至每一位社会科学工作者,对这项工程都承担着一份沉重的责任。

曾经有学者对我国死刑的废除作过分阶段的“百年规划”,^[64]很有积极意义。虽然具体的时间很难预料,但随着上述两个方面的观念的逐步转变,通过刑事立法、司法、理论各方面的共同努力,中国最终废除死刑这一目标的实现,也并不一定遥遥无期。毕竟中国不是世界上废除死刑的首创国,我们有足够的经验教训可以借鉴,而且中国在未来几十年间,政治、经济、文化必然会有大的发展,特别是人民群众的社会主义民主法制观念必然会有大的飞跃,这些都是我国死刑制度走向废除的积极条件。

第一步,下决心不再增加死刑立法,严格控制刑事司法实践中的死刑适用。

第二步,经过几次有计划的刑事立法改革,大幅度消减死刑条文和死刑罪名,仅对故意杀人罪、抢劫罪、放火罪等最严重的刑事犯罪和部分军事犯罪保留死刑。

第三步,废除包括故意杀人罪在内的一切刑事犯罪和军事犯罪的死刑,实现全面废除死刑制度的最终目标。这是一个较远的目标,也是最艰巨的一步。废除严重刑事犯罪的死刑,有赖于全体人民人权价值观念的全面提高和恶恶报应意识的大幅度减弱;废除所有军事犯罪的死刑,还要依靠我国国力的壮大和国际和平环境的到来。在可预见的半个世纪内,这一步恐怕很难实现,但确实应当成为我们努力的方向。

[64] 参见胡云腾:《死刑通议》,中国政法大学出版社 1995 年 1 月版,第 300 页以下。