

论死刑存废的条件

田禾^x

内容提要: 在死刑存废的十字路口, 何去何从不仅是一个理论问题, 而且是一个实践问题。死刑的存在正如其他事物的存在一样具有自身的历史、社会、政治和经济条件。死刑存在了数千年, 具有一定的合理性, 但它也有不合理性。死刑具有不人道性, 与文明社会的价值观相违背, 但在某种程度上应否废除死刑仍然是一个/ 伪问题⁰。问题的关键不在于应否废除死刑, 而在于能否和怎样废除死刑。在目前的形势下, 中国尚不宜宣布立即废除死刑, 而应该保留死刑, 但从立法和执法上对死刑加以限制, 最终向废除死刑努力。

关键词: 死刑存废 社会条件 传统法律文化 人权保障

2002 年在湖南湘潭, 数十名中国刑事法学研究者聚集在一起, 举行了一次关于死刑废止与否的学术研讨会。会议上占优势的观点是主张废除死刑, 而坚持保留死刑的声音显得非常微弱, 原因是主张保留死刑似乎与人权保障、与世界潮流背道而驰。在死刑存废的十字路口, 何去何从不仅是一个理论问题, 而且是一个实践问题。死刑的存在正如其他事物的存在一样具有自身的历史、社会、政治和经济条件。笔者认为, 与其言必称美国或者高喊/ 法律现代化⁰, 不如脚踏实地分析死刑是否有保留或废除的深层次理由。

一、死刑的宗教、文化起源

讨论死刑首先涉及到生命以及生命的意义, 既包括生命的个人意义, 也包括生命的社会意义。生命是一种肉体的存在形式, 与死亡相对应。在生命的起源问题上自然科学、生理学以及宗教各有不同的解释。一个人的生命只有一次, 生命是不可重复的, 因此对个人来说, 生命是无价的。不过, 人是社会动物, 从生物学意义上生命虽然属于个人, 但在社会意义上生命却不完全属于个人。人的生命是社会化的生命, 它的存在必然以社会价值作为判断的标准。

尽管大多数西方国家, 尤其是欧洲国家主张废除死刑, 而且也身体力行地废除了死刑, 但其宗教文化的根源在生命问题上、从而也在死刑问题上充满了深刻的矛盾。有学者认为, 上帝造人, 生命具有超然价值, 只有上帝才有权主宰它, 人从出生到死亡, 都必须秉承上帝的意志, 任何人都无权剥夺他人的出生或生存的权利, 而且无权放弃自身的生命。^{1 12} 这里至少存在着阅读的误区。5 圣经# 旧约创

X 中国社会科学院法学研究所研究员。

1 12 参见邱兴隆:《从信仰到人权》)) 死刑废止论的起源, 5 法学评论6 2002 年第 5 期。

世6九章5-6节指出,在洪水退尽,诺亚自方舟出来,向上帝献祭之后,上帝曾对诺亚说,“流你们血,害你们命的,无论是兽是人,我必讨他的罪,就是向各人的弟兄也是如此。凡流人血的,他的血也必被人流;因为神造人是照自己的形象造的。”⁰因此,不能说圣经反对剥夺人的生命,相反,死刑支持论者认为死刑恰恰是上帝对生命的保障。当然,人们也可以从圣经中找到反对死刑的强有力的证据。5圣经#出埃及记6中记载,上帝授予摩西/十诫⁰,其中第六诫是/不可杀人⁰。这里需要指出的是,上帝要求的是不可无缘无故杀人,故才有教会反对堕胎、反对剥夺他人生命之说。但上帝同样认为/凡流人血的,他的血也必被人流⁰。不可一概认为上帝反对剥夺他人的生命,基督教的宽容是有限度的,否则就不会有阿富汗和伊拉克硝烟滚滚的战场了。战争杀人和死刑本无本质区别,相对于战争将杀人的权力赋予士兵,死刑实在是非常文明的/杀人⁰。几乎每个初到西方的人都会以为,基督教宽容,基督徒善良,但是伊拉克战争足以将基督教的/宽容⁰幻想击得粉碎。/不可杀人⁰是神的诫命,而/杀人者死⁰也是神的旨意。上帝的/不可杀人⁰和杀人具有不可同日而语的条件。在现代社会,不可杀人不仅是神的旨意,也是道德的要求,更是法律约束的底线。死刑体现了人间法律和宗教之间的联系。

另一种文化解释是用自然权利反对死刑。人们认为生命是一种自然权利,生命具有以下含义:生命与生俱来,无论种族、性别都拥有这种权利。这意味着生命不可转让、出售或者赠予他人。任何人都拥有生命的权利且不可被剥夺是引起死刑争论的最大焦点。现代国家建立后,法律成为统治的有效和最佳工具。刑罚是国家权力的象征,死刑更是如此。在刑法学上,死刑是国家为了维护统治而对犯罪者采取的剥夺生命的刑罚,因此从某种意义上说,死刑具有政治哲学的意义。生命的不可剥夺性从某种意义上否定了国家的死刑权。这实际上陷入了/先有鸡还是先有蛋⁰的怪圈。生命不可剥夺,对剥夺他人生命的人的生命的剥夺是否具有正义性反倒成了一个问题。

法律是一种社会历史现象,死刑也有着不断演化的历史。我们不应将死刑从具体的历史背景中抽象出来,站在经院哲学的立场上论证死刑的正当性,而应将其放到具体的历史情境中去考察其存在的价值。法律意义上的死刑与国家的建立密不可分。法国当代思想家德里达指出,/死刑是由国家主权决定的一种死亡形式,有时是由类似国家主权的权力决定的,没有这种类似国家主权的東西就没有死刑,所以死刑是国家状态下的制度及合法的谋杀。^{01 22}这段话中最值得玩味的是/国家状态下合法的谋杀⁰这一描述。首先,不是国家规定的谋杀,均是非法的谋杀,即死刑的执行人必须代表国家。其次,国家有权决定什么人该杀,什么人不该杀,不论是公罪还是私罪,国家都有做出死刑判决的权力。第三,死刑是国家的主权,任何其他国家、组织或个人都无权干预。德里达精确地描述了死刑的本质所在,即死刑是国家权力的表现和象征。但这并不是说,在前现代国家状态下,死刑就不存在。相反,在前现代国家状态下,死刑的规定、执行同样体现了某种意志,可以是前现代国家的意志,也可以是某个社会群体的意志。前现代国家的死刑带有更浓厚的宗教、伦理学和哲学的色彩。通过死刑,前现代国家或某一社会群体力求做到维护社会道德、坚持社会信仰。为了达到这一目的,前现代国家的死刑规定和应用都具有突出的特征。首先,死刑的条目较多;其次,死刑形式非常残酷。中西方无一例外。从历史发展趋势来看,死刑大多经历了这样的过程,从名目繁多到严格限制,最后被取消;从过于血腥的执行到至少视觉效果较为缓和的枪决和注射处决。中国是一个文明古国,死刑古已有之,其名目之繁杂,执行之血腥,和其他国家相比有类似之处。西方古代有活埋、掷石、肢解、火刑、绞刑、车裂、溺死,中国古代有车裂、炮烙、凌迟等等。

可以说,死刑确立的根据在于,剥夺他人生命者,已经接受了法律预设的条件,被剥夺生命在法律上没有任何疑义,只是法律的预设是否符合先天的正义性问题。人人都享有生命不被剥夺的权力,但是,一个人可因其剥夺他人生命而丧失自身的生命权。因此,国家死刑权的正当性寓于杀人者因剥夺他人生命权而对自身的生命权的丧失之中。

1 22 [法]德里达:5全球化与死刑6,转引自张宁5考论死刑6,载赵汀阳主编:5年度学术 20046,中国人民大学出版社2004年版。

二、死刑存废之争

自从意大利的思想家贝卡利亚提出了废除死刑的主张,死刑的存废就成为法学界争论不休的话题。贝卡利亚在《5论犯罪与刑罚》一书中认为,人们可以凭借怎样的权利来杀死自己的同类呢?这当然不是造就君权和法律的那种权利。君权和法律,它们仅仅是一份份少量私人自由的总和,它们代表的是作为个人结合体的普遍意志。然而,有谁愿意把对自己的生死予夺大权奉与别人操纵呢?每个人在对自己作出最小的牺牲时,怎么会把冠于一切财富之首的生命也搭进去呢?^{1 32}这段话的精神应该是,国家的一切权力来源于个人对自己的自然权利的转让,生命是个人不可转让的权利,因此国家无权剥夺个人的生命。这就是绝对的生命不可转让理论,其奠基在生命的自然属性之上。

让人意想不到的,不少西方大思想家都拥护死刑。如德里达指出,据我所知,到目前为止,所有的西方哲学家在其哲学话语中都是赞成死刑的,有的心里面反对,但写出来的东西都是站在死刑一边的,也就是说在他们的话语中找不到一个谴责死刑的空间。我试图去了解为甚么西方哲学如此本质地与死刑的可能性和必要性联系在一起。从柏拉图到康德、黑格尔至今,所有的哲学家都不能避免地将他们的本体论或形而上学哲学体系与国家、国家权威联系在一起。^{1 42}康德反对死刑的论证似乎是最强有力的。康德反对贝卡利亚的死刑无用论,认为,人是在其尊严中体现其目的的。人的这种尊严要求有罪者受到惩罚,不是因为能带来什么社会政治利益,而是因为他有可罚之处。对康德来说,死刑是人类的标志,只有有理性的人才配得上死刑,动物是没有死刑一说的。黑格尔说:刑法是犯罪人的权利。它是犯罪人本身意志的行为。犯罪人宣布侵犯权利是自己的权利。他的犯罪是权利的否定,刑罚是这一否定的否定,即犯罪人本身所引起的并强加于他的那种权利的肯定;在这个理论中,毫无疑问,是有着许多收买人心的地方,因为黑格尔不是把犯罪人看成只是司法的普通客体,司法的奴隶,而是把他提升到自由的、自决的生物的等级。^{1 52}在赞成死刑的西方哲学家名单中我们还可以看到这样一些如雷贯耳的名字,如霍布斯、洛克、卢梭等等。

尽管这些大思想家们如此首肯死刑,但在实践中,世界范围内废除死刑的运动正如火如荼、方兴未艾。目前,世界上许多国家都废除了死刑,或根本就没有规定死刑。2003年,大赦国际对世界各国的死刑状况做了一个初步的统计,全世界有76个国家(包括地区)废除了死刑,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个国家在实践中事实上废除了死刑(过去10年没有执行过死刑、并且向国际社会承诺不再使用死刑)。完全保留死刑的国家有83个。^{1 62}从废除死刑的过程来看,一些国家是一次性地废除死刑,而另一些国家则是分阶段走,先废除普通刑事罪的死刑,然后再彻底地废除死刑。

保留死刑的国家分为三类。第一类是法律有死刑规定,司法实践中也有死刑判决,但从来未真正执行过。第二类是仅保留对部分危害国家利益、军事利益或特别严重的犯罪适用死刑。第三类是全面保留死刑。全面保留死刑的国家分布于全球,除美国和日本外,基本上都是发展中国家。日本虽然保留了死刑,但从1979年到1984年,平均每年只执行1件死刑。保留死刑的国家大都对死刑的适用做出了严格的法律限制。这些法律限制可分为立法限制和司法限制两大类。立法限制主要表现为:逐步减少可适用死刑的实体法条款;严格限定可适用死刑的罪名;禁止死刑适用于某些对象(一般指未成年人、精神病人、孕妇);对死刑适用规定严格的审级、判决、核准和执行程序等。司法限制主要表

1 32 [意]贝卡利亚:《5论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第45页。

1 42 前引122,德里达文。

1 52 马克思:《5论死刑》,《5新建设》1956年第11期。

1 62 参见刘仁文:《5死刑政策:全球视野及中国视角》,载陈泽宪主编:《5刑事法前沿》第一卷,中国人民公安大学出版社2004年版,第245页以下。

现为慎重判处死刑、判决后不予执行或对死刑犯予以赦免等。如2002年,在83个保留死刑的国家中,有67个国家宣判了3248个死刑,只有31个国家的1532名罪犯被执行了死刑。世界上人口超过一亿的大国中,中国、美国、日本和印度保留了死刑。^{1 72}

废除死刑之所以在世界范围内引起如此大的反响和回应,与人权运动的深入发展有很大的关系。人权机构的活跃,人权公约的颁布都对废除死刑产生了积极的作用。对人权保护主义者来说,死刑毫无疑问是最严重的酷刑,废除死刑有益于维护人的尊严和人类社会的进步。在国际人权领域,生命权是绝对不可剥夺的基本人权,死刑因剥夺基本人权而是残忍的、不人道的刑罚。

死刑问题是当今世界上最受诟病的问题之一。有人认为,当今世界上死刑判决和执行得最多的国家当属中国。人们指责中国不尊重人权,滥用死刑,不一而足。面对指责,中国学术界终于撩开了中国死刑问题的面纱。许多学者认为,中国应该与世界发展趋势相一致,废除死刑。有的学者呐喊,杀戮不应该成为另一种杀戮即死刑存在的理由。有人甚至以全世界已经有近半左右的国家废除了死刑为例,认为不主张废除死刑的学者是在为野蛮张目,为死刑唱赞歌,有违学者的良心。然而振臂一呼固然痛快淋漓,但考虑到了中国明天就宣布废除死刑将引起什么样的社会震动和将付出什么样的社会代价吗?

主张保留死刑的观点主要如下:对可能犯罪的人,死刑具有最大的威慑力;对罪犯本人,死刑可以从根本上制止其再犯罪;死刑是重罪犯人应得的报应,是伦理正义的必然要求,也是罪责刑相适应原则的体现;死刑可以满足人们的报应观念,满足人们本能的报复心;那些用残忍手段杀害无辜者的犯罪人,理应受到相同的或相称的处罚,而死刑就是最公平的惩罚,否则,就意味着被害人生命不如犯罪人生命重要;死刑是人权的体现。人权保障方面的国际公约5公民权利和政治权利国际公约6未彻底否定死刑,只是对死刑作了严格的限制,这是有限制地确认死刑。当社会上还存在故意杀人等严重犯罪现象时,废除死刑就意味着国家无视多数公民的人权;死刑是刑法罪刑相适应原则的体现。罪刑相适应是当今世界各国刑法的一项重要原则。死刑是在社会上还存在严重犯罪的条件下,正义、公平的最高体现,因而也是罪刑相适应原则的体现;死刑比长期监禁那些最危险的犯罪人更省钱,长期监禁需要支出大量的财政费用;死刑是社会正义观念的必然要求,它并不违背人道主义。死刑这种除恶必尽的态度是人伦道义、公平正义的具体体现,让少数毒蚊一样的恶人流血,正是为了多数人民不流血,这是最大的人道主义。

主张废除死刑的观点则认为:第一,死刑并不比终身监禁具有更大的威慑力。迄今为止,尚无任何证据表明重罪的发案率与死刑的存废之间有必然的联系。死刑与无期徒刑对于犯罪的威慑力是相等的。第二,死刑断绝了犯罪人悔过自新的道路。第三,死刑是远古野蛮时代血腥复仇的遗留。第四,死刑涉及到对生命权的保护,社会应该为犯罪行为承担必要的代价。从经济的或者功利的观点看,一般来说,处决罪犯的确比长期关押罪犯更省钱。但是,生命的价值是无法用金钱来衡量的。

笔者认为,当今死刑存废之争最大的局限性是学者们坐而论道,双方的观点都建立在形形色色的理论上,严重脱离中国的实际,鲜有考察中国国情的文章出台。死刑在中国具有深厚的群众共识基础,无论是保留死刑还是废除死刑一方,其主要目的还是在于如何更好地维护和保障人权,而不是有的学者所指为野蛮张目,违背学者的良心等等。笔者认为,死刑固然具有残酷性,作为最严厉的刑罚,死刑将随着社会的发展和进步,必然走向消亡,但是,什么时候和如何让其消亡是一个值得认真思考的问题。操之过急势必引起社会动荡和分裂,反应过慢则有悖于历史发展的潮流。何去何从,对中国政府和法学工作者的智慧是一个严峻的考验。

三、死刑存废的条件

死刑是国家权力的重要组成部分,死刑不仅限于司法领域,也关系到政治学、哲学、人类学、社会学和宗教学等诸多领域。研究死刑问题实际上就是研究死刑存废的社会和文化条件。对当今中国而言,实际废除死刑的最大障碍不仅有经济秩序、社会治安、国家安全等问题,而且更重要的是人们的公正感受挫,是人的价值判断扭曲的问题。

(一) 死刑存废的文化心理分析

文化心理是一个民族经过长期积淀的东西,体现为某种价值观,也是人们对已经发生、正在发生和将要发生的自然、社会和精神现象的认识和一种态度。价值观是与人们的生存境域以及人们对生活的理解紧密相关的,它是人们掌握世界的重要方式。任何一个社会都有最基本的价值原则,由于经济、政治和文化的组合方式不同,社会权力配置相异,不同历史阶段社会价值的实现方式及其实现程度不同。

1949年以来,我国的意识形态一直是马列主义和毛泽东思想,改革开放以后,又加上邓小平理论和三个代表⁰。可以说,经过半个世纪的实践,这种意识形态已经深入人心。社会主义成为大多数中国人认可的一种制度,尽管在前进的道路上还存在这样那样的争议。但是,毋庸置疑的是,中国的社会主义道路是在东方文化背景下的人类社会制度的实验,其间有经验也有教训,更重要的是文化传统仍然是制度改革或创新的重要依据。中国传统文化对生命,对群体生命与个体生命的关怀与西方不同,如儒家更关心的是群体的生存。孔子主张/爱人⁰、/务民之义⁰、/博施于民而能济众⁰。为此,他最重/礼⁰,因为所谓/礼⁰,也就是群体生存结构在社会规范上的体现,犹今所谓/游戏规则⁰,其实乃是群体的生存规则。儒家的社会理想境界是/大同⁰,是群体生存的最佳社会状态。这种文化价值观与推崇个人主义、个人自由的西方文化有很大的区别,进而对死刑问题有着根深蒂固的影响。

法律价值观是人们对法律的本质、功能和目的的认识。对死刑的认识同理。死刑在中国实行了数千年,是中国文化中积淀最深的东西。/杀人偿命、欠债还钱⁰是天经地义的事。虽然不能说这种认识是绝对正确的,但它显然反映了大多数中国人的心态。可以想见,如果我们在全国做一个民意调查/你是否同意废除死刑?⁰答案是不难想见的。如果一种观点在大多数人心中有一定的共识,简单地废除势必会引起较大的反弹。当今废除死刑的最重要旗帜是人权,而这也是最不容易为中国人接受的观点。在中国,这个观点很容易被理解为保护罪犯的人权,因为受害者的人权已经永远丧失了。如果对杀人者不处以死刑,对普通中国人来说这是不公平的。中国传统法律文化讲的是公平、正义,而不是人权或人道,死刑恰好满足了中国人的这种心理。如果一项政策遭到社会的普遍唾弃,再好的政策也难获得真正的效益。人民的承认或默许,人民的接受与遵行,是一项政策的合法化的必要条件。¹⁸²也就是说,现代法律的制定来自于社会大多数民众的意志。因此,笔者十分赞成一些学者的/本土主义⁰立场。所谓/本土主义⁰的立场是从经验与理论的关系出发来对待中国问题的一种方式。这种方式不意味着忽略西方的理论和世界的潮流,而是在对经验的认识和把握上与理论建构相结合。西方废除死刑的理论是我们进行理论建构的一种途经,但是这种理论建构本身依然要依赖于一种本土化的态度,即我们必须在西方理论与中国经验的关系中乘风破浪、把握航船。

当然有学者举例说某国废除死刑时也做了民意调查,大多数国民反对废除死刑,但当政治家们毅然决然废除死刑后,并没有引起很多的抗议,似乎说中国也可以毅然决然地赌上一把。其实,不同的国家有不同的民情。一般意义上说,教育落后与经济发展和社会进步呈负相关。一个国家的公民的整体素质是影响该国刑事立法的重要原因。中国是一个人口大国,一个发展中国家,中国人的教育程

¹⁸² 参见伍启元:《公共政策》(上册),台湾商务印书馆1985年版,第7页。

度决不可能与那些毅然决然废除死刑的国家相提并论,中国的文盲数量是世界上最多的,教育投入比例是最小的,中国的教育开支排在全世界倒数几位,连穷国乌干达都不如,而且政府公共预算只占教育总经费的53%,剩下的47%要靠家长或其他来源去填补。尽管中国教育部长已经保证将在近期将教育经费增加到GDP的4%,¹⁹²然而对中国教育来说,问题还不仅仅在于教育经费较少,而是教育经费主要走向了大城市,少数精英享受了较多的教育资源。在失学儿童成为街头流浪儿,有8699万人目不识丁的形势下,¹¹⁰²期望大多数中国人能理性看待死刑问题无异于缘木求鱼。更何况,根据有关调查,许多具有较高文化程度的人也不赞成立即废除死刑,说到底这还是与民族的文化心理积淀有关。

(二) 死刑存废的社会经济条件

在几乎沉沦了两个世纪后,中国今天似乎已再现昔日的风采,成为当今世界上经济发展最快的地区之一,这给不少中国人以安慰。然而中国高速奔驰的列车潜伏着一些脱轨的可能。中国是世界上人口最多的国家,占世界人口的1/4。有人认为,从历史看,人口的数量规模与社会的治乱具有极其深刻密切的关系。¹¹¹²在清中叶以前,中国人口规模具有一个恒定的高峰值,即5000-6000万人。历史上达到了这一规模的时期为:西汉后期、东汉后期、隋初、盛唐、元、明及清初。中国历史中人口曲线的各个高峰点也是社会发生重大变动的时期。这是一个很有意思的论题,虽然笔者并不完全赞同这种观点,但也同意人口过多势必会给社会带来极大的压力。

我国人口目前已达到历史上前所未有的高峰,从历史经验看,这也意味着社会形势进入了高风险时期。实际上,当前中国所面临的大量严峻的社会问题,均与人口的巨大压力有关。考虑到人口规模与社会安全的关系,在设计国家未来发展目标时,必须高度关注社会重要资源分配和配置的公正性。目前,中国的失业问题,进入建国以来的第五次高峰。虽然统计的城镇登记失业率只有3-4%,但实际的失业率在8-9%。失业人员中,包括700万左右的城镇登记失业人员,1000多万下岗失业人员,120-150万城镇农民工失业人员,70万待业的大学和专科毕业生。而这还是非常暧昧的统计,因为并没有包括农民在内。目前,我国的农村劳动力有4.7亿,全国耕地19亿亩,若按每个劳动力耕种10亩地计算,仅需农业劳动力1.9亿,加上在乡镇企业就业的劳动力1.3亿,有3.2亿的农村劳动力可以实现就业,尚有1.5亿的农村剩余劳动力需要另寻出路。这么多的失业人口在任何一个国家都是不可想象的事。人口压力以及与之相关的其他压力是中国目前最大的问题,也是中国社会不稳定的主要因素。

中国社会不稳定主要表现在以下几个方面:社会冲突问题,如罢工学潮、示威游行、上访请愿、聚众闹事、民族冲突、暴民骚乱等;社会问题,如家庭问题、老人问题、各种犯罪、事故灾害等;社会心理问题,如公众对改革、社会生活、社会秩序、社会风气、政府效率、政治参与的看法问题。

由于中国社会各个阶层、集团、人口群体利益迅速分化,社会矛盾日益激化,社会秩序受到严重干扰,各种经济社会风险日益增多。有调查显示,目前影响我国社会稳定的主要因素有:下岗人员增加;腐败现象严重;农民负担过重;居民收入差距过大;低收入群体不断扩大等。¹¹²²如果说/发展是硬道理/,保持社会稳定同样也是硬道理,只有中国社会保持稳定,才能保证中国社会、经济的持续发展。

基于这样的形势和认识,2001年4月,中共中央召开了全国公安工作会议,对当时的社会安全形势做了一个基本的判断,/刑事案件总量上升,危害增大。爆炸、杀人、抢劫、绑架、投毒、拐卖妇女儿童等严重犯罪猖獗,特别是一些地方黑社会性质的犯罪团伙横行霸道。乡霸、市霸、路霸等一些流氓恶

192 参见5中国教育投入将达到GDP的4%6,凤凰网2004年1月6日。

1102 参见5改变8000多万文盲的命运6,5望周刊62004年6月30日。

1112 参见何新论坛:5历史中的人口规律与社会治乱6,5人口纵横62001年6月30日。

1122 参见胡鞍钢:5关于我国社会稳定的状况与对策6,中国宏观经济网2000年12月4日。

势力为害一方。入室盗窃、扒窃、盗窃机动车辆等多发性案件居高不下,经济领域的犯罪活动也很突出。黄、赌、毒等丑恶现象屡禁不止,污染社会空气。各种治安灾害事故不断发生,人身伤害和财产损失严重。会议决定/重点打击三类犯罪:有组织犯罪、带黑社会性质的团伙犯罪和流氓恶势力犯罪;爆炸、杀人、抢劫、绑架等严重暴力;盗窃等严重影响群众安全的多发性犯罪。¹¹³² 同年9月,中共中央、国务院在关于进一步加强社会治安综合治理的意见中指出,目前,中国经济发展、政治稳定、民族团结、社会进步,总体形势很好。但也要看到,中国仍面临着错综复杂的国内外环境,影响社会稳定的因素依然存在。主要是:敌对势力加紧对中国进行渗透和破坏活动,境内外民族分裂势力、宗教极端势力和暴力恐怖势力相互勾结,利用所谓民族、宗教、人权等问题制造事端,企图破坏中国的社会稳定。¹¹⁴²

会议对形势的判断基本上是正确的。当前,尽管中国工业化和城市化速度加快,人们的物质生活水平和物质文明程度仍然相对较低。所以在现阶段,人们对犯罪的容忍度更差,对生命的重视程度也较弱,对死刑的要求也就更强烈,“乱世用重典”的文化传统更容易受到各阶层的重视和推崇。此外,对一个发展中国家来说废除死刑还有一个经济成本的问题。有人开玩笑地说,像中国这样的国家,如果今天宣布立即废除死刑,监狱需要扩大100倍!虽然许多文章都洋洋洒洒地论证废除死刑并不能导致恶性犯罪出现大幅度攀升,但实际上并不能给出充分的理由说服人们。

四、中国目前应该采取的政策

保持中国社会的发展和稳定不仅依赖于采取什么样的社会经济发展政策,而且也有赖于中国采取什么样的刑事政策。死刑,说到底是一种国家刑事政策,属于公共政策的范围。采取什么样的刑事政策应该由一个国家根据本国的实际情况作出判断和决定。笔者认为,在目前的形势下,中国尚不具备立即废除死刑的条件,但是应该对死刑进行严格的限制,也就是说,死刑只能适用于最严重的犯罪行为,即只能对那些故意杀人或导致极端后果的犯罪行为判处死刑。当然,具有不同文化、历史和宗教背景的国家对什么是“最严重的犯罪”的看法显然有较大的区别,如中国目前就认为严重经济犯罪就是“最严重的犯罪行为”。限制死刑的做法一方面充分顾及到了中国的国情,另一方面也与国际上要求废除和限制死刑的潮流相呼应。通过限制死刑,实现废除死刑的目标将是一个漫长的过程。

有学者为中国废除死刑制定了一个日程表,大致上将中国废除死刑分为三个阶段:一是现在到2020年先行逐步废除非暴力犯罪的死刑;二是再经过一、二十年的发展,在条件成熟的时候进一步废除非致命性暴力犯罪的死刑;三是在社会文明和法制发展到相当发达程度的时候,即2050年中国建国100周年时全面废除死刑。¹¹⁵² 目标宏伟且鼓舞人心,却缺少确定该日程表的依据。2020年时,按照既定目标中国将成为小康社会,小康社会何以成为确定该时间表的重要依据?小康社会与死刑存废与否究竟有什么联系?这实际上是许多人疑惑不已的问题。

站在另一个极端的则是由“爱一个人不需要理由”推行而出的观点,即死刑废除不需要理由,死刑废除与否与政治家的意志有关,而与其他社会、经济等诸多因素无关。与之相比,笔者更赞同前面勤勤恳恳制订日程表的学者的观点,尽管他们没能给出一个令人信服的为什么是此时而不是彼时的理由,至少他们承认现实是复杂的,社会是多层次的,人是理性的。

有人提出中国废除死刑面临三个问题:中国需不需要废除死刑?中国能不能废除死刑?中国敢

¹¹³² 参见《人民日报》2001年4月4日。

¹¹⁴² 5 中共中央、国务院关于加强社会治安综合治理的意见,2001年9月5日。

¹¹⁵² 参见赵秉志:《中国逐步废除死刑论纲》;刘作俊:《由限制到废止:死刑路径及其废止》。死刑问题国际研讨会论文,中国社会科学院法学研究所、丹麦人权研究所、西南政法大学2004年12月11-13日在重庆主办。

不敢废除死刑?中国需不需要废除死刑,答案是肯定的,死刑与文明相背离,我们需要废除死刑。中国能不能废除死刑,答案也是肯定的,中华民族是最富有智慧的民族,中国一定能够废除死刑。不过,问题的关键不在于我们需不需要、能不能和敢不敢废除死刑,而是我们应该怎样做怎样才能废除死刑! / 死刑的存废取决于一个国家的历史传统、民族感情、物质条件、文明程度、现实情况等诸多因素。¹¹⁶²

笔者认为,中国废除死刑应该走一条切合中国国情和实际的道路,既不可仰人鼻息,也不可墨守成规。死刑是一个涉及多方面因素的重大问题,它不是法学界能够独立解决的问题。至少我们应该通过推进以下几个领域的工作,以加快废除死刑的步伐。

首先,我们应该坚持改革开放政策,促进物质文明和精神文明的双发展,这是废除死刑的最切实的道路。近十年来,中国社会有一个非常有趣的现象,不论在经济学界还是法学界,民众和学者几乎对所有的观点都持针锋相对的立场。因此,当法学家们痛斥着死刑的野蛮和不文明时,对大多数中国人而言,这些法学家的想法简直是匪夷所思。从这种意义上说,民意是中国目前废除死刑的最大障碍。开启民智,倡导文明,提高对人权重要性的认识,对中国人来说是一个十分重要的任务。开启民智、倡导文明必须建立在一定的经济基础上,否则一切都没有可能。虽然有学者以美国富裕仍然保留了死刑,非洲的某个穷国却率先废除了死刑证明死刑与经济无关,但中国不是美国,中国也不是非洲,中国就是中国,南橘北枳误导民众是许多学者最容易犯的错误。中国当前最大的问题是必须用极少的资源养活 13 亿人口! 只有经济发展到一定程度,才能提高全民的教育水平和社会的文明程度。只有全民的教育水平和文明程度提高了,人权和人道等观念才能在中国与正义、公平等观念平起平坐。对法学工作者来说,我们的任务是应首先在法学领域大力倡导废除死刑的可能性,然后向全社会宣传废除死刑的人道意义。中国传统法律价值观根深蒂固,要想一夜之间改变民众的想法是不现实的。但中国人是最聪明的民族,民智愚钝完全是一种误解,否则民主就真是没有什么意义了。所以问题的症结不在人民而在于我们,在于我们应该用什么方法去说服他们,在于应该使用什么样的理由使他们相信我们。如何在/ 民智0和/ 文明0之间找到沟通的桥梁,是中国法学家们努力奋斗的方向。

其次,国家决策层的认识和行动也是影响死刑废除与否的重要因素。一些学者把中国废除死刑的责任完全放在国家决策层的肩上,认为死刑的废除只需要他们的一句话。这并不完全正确。任何一项政策的出台无不包含诸多的现实考虑,兼顾各方面的因素。当然,这个论断也并不完全错误。在承认人民需要/ 教育0的前提下,我们也必须承认国家决策层其实也需要/ 教育0。这并不是说,国家决策层没有达到一定的文明程度,对人权或人道没有清楚的认识,而是说,作为一个人口如此众多的国家的领导人,应该具有审时度势的能力,也应该有大力推动社会进步的魄力。死刑废除不仅应得到下层的认可,更重要的是要得到上层的支持。在大力发展经济、发展教育、开启民智、促进社会文明方面,政府任重而道远。在保障人权、废除死刑方面,国家决策层至少应该在相对缓慢的民智转变过程中/ 煽风点火0、推波助澜,创造一种尊重生命的/ 人权文化0来减少暴力犯罪,¹¹⁷²从而使死刑废除运动真正步入法律进程。

最后,在法律领域内推进死刑的废除。这个领域的工作属于比较技术性和专业性的工作,相对于前两个领域来说要容易一些。中国目前的死刑政策是:保留死刑,限制死刑,坚持少杀,防止错杀。这一政策是符合中国社会现阶段的实际情况及其发展进步需要的。中国 1979 年刑法典较好地贯彻了这一正确的死刑政策:严格规定了死刑的适用对象、适用条件及核准程序;设置了/ 死刑缓期二年执行0的制度;分则设置死刑的罪名也很有限,而且基本限制在性质和危害非常严重的犯罪范围之内。1982 年之后,经济犯罪日趋严重,危害社会治安的重大犯罪屡屡出现,为配合严惩严重犯罪的司法需

1162 鲍遂献:《论死刑存废与人权保障》,《当代法学》1992年第4期。

1172 Roger Hood, *The Death Penalty: A worldwide Perspective*, Third Edition, Oxford University Press, 2002, p. 38.

要,中国立法机关在单行刑法中较多地增设了死刑,在司法中死刑也被广泛地适用。1997年刑法典在严格限制和削减死刑方面作出了较大的努力。首先1997年刑法典将死刑适用对象做了限制,标准更加严格和规范(刑法第48条)。其次,在死刑适用的特殊对象方面也做了规定(刑法第49条)。第三,对死刑缓期执行的制度进行了调整(刑法第50条)。最后,废除了一些死刑罪名,对适用死刑的情节也做了限制性规定(刑法第264条)。

鉴于中国的现状,废除死刑在中国还属于一个不能尽快了断的事情,限制死刑就成为中国目前最为现实的举措。限制死刑的途径有很多,我们不仅可以从立法上限制死刑,而且还可以在司法实践中对死刑加以限制。目前,中国刑法典中死刑条款太多,包含在危害国家安全的犯罪、危害人身安全的犯罪、经济犯罪和破坏社会管理秩序四大犯罪之中。废除对非暴力犯罪的死刑立法是中国死刑废除运动的初步。能否在司法程序中保证被告人行使充分的诉讼权利如辩护权和上诉权,也是减少死刑、限制死刑的重要环节。除了上述限制措施外,还应该逐步设计和使用一些死刑的替代方法,如终身监禁且不得减刑或假释等。

中国在悠悠的历史长河中走过了5000多年,作为一个伟大的国家,中国曾经为世界和平和人类发展做出过极大的贡献,如果能在新世纪为保障人权而废除死刑将是中国为人类发展做出的又一大贡献,不过,这需要几代法学家的努力。

Abstract: The issue of whether to abolish the capital punishment is not only a theoretical question but also a practical one. The current debate is lack of considerations of Chinese context. The key issue is not whether the capital punishment should be abolished, but whether and how it can be abolished. In current conditions, China should not abolish the capital punishment immediately. As an attempt to abolish the capital punishment at last, it is more practical to limit the punishment within the legal framework.

Key words: abolish or not, social conditions, traditional legal culture, protect human rights
