

陈兴良：前后左右看死刑(上) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E9\\_99\\_88\\_E5\\_85\\_B4\\_E8\\_89\\_AF\\_EF\\_c122\\_485561.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_99_88_E5_85_B4_E8_89_AF_EF_c122_485561.htm) 本书不是一般意义上的理论著作，而是口述式作品，是我们共同讨论、争辩与交锋的实录。本书缘于法律出版社蒋浩先生的设计，约请我们四人就刑法总论中的一些基本问题进行侃谈。从我们四个人的身份上来看，正好分别代表理论、立法、司法三个方面的立场。我以从事学术研究为主，属于理论的立场。郎胜是全国人大法工委刑法室主任，从事立法工作。张军时任最高人民法院副院长、姜伟是最高人民检察院公诉厅厅长，他们可以说是法官和检察官的代表。当然，这种理论、立法、司法立场的区分又是相对的，我虽然身在理论界，但也在司法实务部门兼过职，自以为对于实际情况还是比较了解的。而郎胜、张军、姜伟虽然从事刑事立法与刑事司法工作，但他们本身都可以说是刑法学家，更何况他们三人都兼中国法学会刑法学研究会副会长。当然，毕竟各自工作岗位不同，形成互相之间有所区别的视界，由此进行讨论，才会碰撞出思想的火花。本书的意义不在于对理论命题的系统叙述，而恰恰在于在互相探讨、商谈，乃至于争论中反映出来的对刑法基本理论问题的各自有特色的见解。本书从开谈到成书，差不多经过了一年多的时间。记得在2002年大年初二，蒋浩就把我们四人，加上录音整理者卢宇容博士，拉到了偏僻的延庆某渡假村。当时是冰天雪地，北风凛冽。就在这样寒冷的气候里，我们开始了热烈的谈话。前后四天，形成了本书的大部分内容。此后，一别就是大半年，由于各自工作繁忙，直

到2002年10月2日国庆放长假才又聚集在一起。这次是在昌平十三陵水库旁的半山居，又是两天的谈话，终于完成了本书。虽然谈话的时间只有六天，但这是我们从事刑法理论研究和刑事立法与刑事司法实务工作二十多年来思考的结果和经验的总结。我虽然对纯学术的理论著述情有独钟，但对当下流行的口述式作品也颇有兴趣。我们四人共同合作完成的这部“出口成章”的作品，反映了我们对刑法总论的基本理论问题的思考。由于口述式作品的特点，因而这种理论思考是即时的、即兴的，具有理论著述所不具有的可读性。当然，由于口述式作品这种形式的局限，对理论观点的表述是口语化的，因而在逻辑上可能未必是十分严谨的。本书只是一个开始，若有可能，这种讨论还将继续进行下去。最后，我们还要感谢蒋浩先生的策划与张罗以及张琳博士的精心编辑，尤其是感谢卢宇容博士的辛勤劳动，是他使本书从声音转变为文字。

是为序。

前后左右看死刑《刑法》理论与实践“四人谈”

精选(上)《中华人民共和国刑法》第48条：死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。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。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。

第49条：犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。

第50条：判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

第51

条：死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。本专题，对死刑适用的刑事政策、加入国际公约后死刑适用情况的展望、死刑适用原则，特别是针对实践中死缓适用中存在的具体问题展开了热烈的讨论，达成了我国应当完善死刑适用的立法、力举少杀慎杀之刑事政策为今后减少、废除死刑创造条件的共识。

(一)死刑适用的刑事政策 郎胜：对死刑适用，无论是在学术上，还是在司法实践当中，讨论得比较多，其实死刑问题，主要是一个刑事政策问题。1979年第一部刑法颁行后，陆续又颁布了一系列的单行刑法，增加了不少有死刑的罪名，所以，在我国死刑适用是比较多的。这样较多地适用死刑的效果到底怎么样?有必要进行一个全面的反思。1997年刑法进行了修改，死刑适用也是一个重点考虑的问题。当时，很多专家学者提出：要大力减少死刑的适用，加快刑法的现代化的进程。但是，考虑到我国历史传统和法律文化，以及我国的现实情况、公众的认知程度等方面因素，当时对这个问题没能很好解决。应当说，完全废除死刑的适用，在中国目前情况来说是不可能。不过，限制和减少死刑的适用，在理论上、立法上、司法实践中都是有共识的。然而，这种共识还只停留在一个宏观的、抽象的认识上，具体到个罪是否取消死刑的时候，分歧是很大的。因此，在1997年刑法修改的时候，尽管大家都觉得要减少死刑的适用，但在个罪设置法定刑的时候，却有不同的认识。所以，在1997年刑法修改对于死刑问题，守住了这样一个“原则”就是“原则上不减也不加”。我觉得，在当时，有这样的指导思想也算是积极的，可以说这是针对社会上总是指责我

国刑罚太轻，要求增加死刑的强大的舆论压力的一条防线，是为了防止再增加死刑的规定。因此，在1997年刑法修改时，虽然说是不减不加，但实际上是有所减少。特别是对个别罪的规定，大大减少了司法实践中对于死刑的适用。比如说盗窃罪，过去是经常被适用死刑的一个罪，1997年修改刑法对盗窃罪可以判处死刑的条件作了极严格的限制，即只有在特定的两种条件下才有死刑的适用，即盗窃金融机构数额特别巨大的和盗窃珍贵文物情节严重的。但事实上即使是盗窃金融机构或者是盗窃珍贵文物的，也很少有判死刑的。再有一个在原来死刑适用较多的一个罪，就是投机倒把罪、流氓罪，现行刑法把它分解以后，基本上没有死刑的适用。因此，现行刑法虽然在规定法条的绝对数量好像没有少，但是适用已经是减少了。此外，总则还增加规定对未满18周岁的未成年人排除死刑的适用，这也是对死刑的限制。但是，我觉得，仅仅做到这些还是很不够的，应该在适当的时候，采用适当措施，把刑法中规定的死刑逐步地减少。陈兴良：那么，你认为怎样去减少呢？郎胜：的确，怎么去减少死刑的适用，存在许多看法。我觉得，只要不是暴力性的严重犯罪，比如说经济犯罪，逐步地减少死刑的适用。国外很多国家刑法，即使保留死刑但对于经济犯罪都没有规定死刑。我就认为，目前我国如果不能对所有的经济犯罪全部取消死刑，那也可以考虑逐步地加以减少，也可考虑先只是保留贪污罪、受贿罪的死刑，但在适用上也应作出严格限制，而其他的完全可以减少死刑的规定。姜伟：我赞成刚才郎胜对1997年刑法修改限制了死刑适用这样一个总体的评价。尽管外界有人指出我国死刑没有减少，但是，我们司法实践部门确实感觉

到刑法修改之后，由于刑法特别加强了对盗窃罪等个罪死刑适用的限制，死刑的实际适用大大减少了。因此，我对于死刑的态度是：赞成立法上对死刑适用的指导思想，目前我国不能废除死刑，但应当少杀、慎杀。从历史发展来看，死刑在刑法中的地位和作用，是逐渐降低和缩小的。我国刑法认为死刑是处罚犯罪的必要手段，但不是处罚犯罪的主要手段，更不是惟一手段。既然有这个必要性，我国为什么要限制死刑的适用呢？对这个问题，确实有很多观点。死刑有很多弊端，但是从整个刑法史来看，没有哪一种刑罚是完美的，所以我国刑法采取了包括死刑在内的9种具体的刑罚手段作为一个刑罚体系来惩罚犯罪，改造教育犯罪人。那么为什么要强调死刑适用要慎重呢？除了生命无价、刑罚的谦抑性之外，它还有一个大的社会背景。我国现在实行的独生子女政策，而实践中青少年犯罪很多，如果我们大量适用死刑的话，可能会带来一个新的社会问题。如果真将犯罪的青年判死刑了，可能给孩子的父母生活带来一些问题。这些负面的效应，是逐渐显现出来的。所以，从我们高检院来讲，对死刑的态度是十分谨慎的。我有一个体会：检察机关很多抗诉的案件，认为应当判死刑的法院判死缓了，像这种案件，我们都是认真审查，认为能不杀就不杀。而且死缓本身就是死刑的一种特殊形式，它是指行为人论罪该杀，但是缓期两年，给他一个改过自新的机会。这，不仅对罪犯，而且对家属都是一种人道主义的作法。我个人认为，这也体现了我们司法人性的一面。

张军：刑法修改，对死刑设置作了比较大的变动。主要是总则适用限制和分则个罪死刑配置上有很好的完善。像对于不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑

的规定，就与我国即将加入《公民权利及政治权利国际公约》的要求相吻合。这表现了我们立法上的进步。在罪名上，最明显是盗窃罪对死刑适用的严格限制。记得刑法修改不久，许多人担心没有死刑的威慑，盗窃案件会急剧增加。但是从我近几年了解的情况看，这种情况并没有出现。盗窃罪的发生、个案盗窃的数额，跟刑法修改之前比较，数量上没有大的变化，数额上也没有大的变化。说明什么呢？说明死刑的作用是有限的。死刑并不是遏制某一类犯罪不可缺少的唯一手段。我也赞赏刚才两位讲到的，我国还不宜取消死刑。实行慎杀少杀的死刑刑事政策，这是毛主席一贯的思想和政策，也是我们党、我们社会主义国家应该有的刑事政策。1997年刑法修改之后，应当是在1999年吧，我们在山东济南开了一个维护农村形势稳定的刑事审判工作会议。在会上认真讨论了发生在民间、因民事纠纷、矛盾激化以后导致的杀人案件如何适用死刑的问题。在这次会上明确提出：如果被害人有过错的，或者被告人有法定的或酌定的从轻、减轻情节的，一般不判处死刑立即执行。那么，这个“一般”，就是如果没有极端恶劣的情节，就不要判处死刑立即执行。会后出了一个会议纪要，把这个问题第一次以文件的形式明确了。这几年，各高级人民法院都十分重视这个问题，进一步把这一刑事政策比较好地贯彻下来，反映也很好。一些上访喊冤的案件，往往都是民间纠纷引起的杀人案件，往往有自首的表现或立功的情节。具体处罚中，如果不考虑我党一贯的刑事政策，这类案件常常被认为是在可杀可不杀之间。一审法院给判了死刑，让被害人或者被告人家属认为或轻了或重了。根据这个会议的精神，司法实践中做到了更加注意体现慎

杀少杀的刑事政策，注意从宏观上、战略上，从发展的观点，去追求更好的社会效果。这样，也就很好地体现了我党的一贯刑事政策。陈兴良：关于死刑的刑事政策问题，刚才郎胜说，死刑问题首先是一个刑事政策的问题，我觉得这种评价非常中肯。死刑政策，应当说是刑事政策当中一个十分重要的组成部分。那么，从刑事政策的角度来说，我国在50年代就确立一个死刑的刑事政策，也就是“不可不杀，坚持少杀”，但总原则是一个坚持少杀的原则。那么，少杀政策应当说在1979年刑法里面得到了比较好的体现，1979年刑法里面带有死刑的罪名是28个。但是，80年代中期开始，随着我们国家改革开放，社会开始转型，犯罪率开始大幅度地增加，大案要案居高不下。在这种情况下，为了遏制犯罪的需要，应当说我们国家死刑在立法上和司法适用上都有大量的增加。在这种情况下，我们虽然没有明确地讲废除了少杀政策，但实际上来说，这个刑事政策还是有很大的转变，从过去的少杀到杀得比较多这样一个方向转变。我们过去，在少杀政策下讲的是“可杀可不杀的，不杀”；但现在在有些地方明确指出“可杀可不杀的，也要杀”。那么，这样一个转变，当然是具有一定社会背景，尤其是犯罪率的增长有关系。另一方面，也和我们国家对于死刑威慑力的过分迷信和依赖，有很大关系。应该说，死刑是具有一定威慑力的，但是有限的。社会科学不可能像自然科学那样，通过作过实验来证明死刑的威慑力到底有多大。但从实践当中反映的情况来看，比如说盗窃罪，1979年刑法中可以判处死刑，80年代最高院的司法解释规定盗窃3万元以上的都可以判死刑，那么在1997年刑法修正当中，对盗窃罪的死刑适用作了严格的限

定，使得盗窃罪的死刑适用大量减少。但就像刚才张军讲的，从实际情况的反映来看，盗窃罪并没有大量增加。我觉得，这是一个很好的例证。我记得，1997年刑法修改之后，我到一些地方讲课，下级司法机关的工作人员对于盗窃罪死刑适用的限制，表示深深的担忧。现在来看，这种担忧是不必要的。因此，我认为在死刑的刑事政策上，我们还是得回归少杀、慎杀。死刑在我们国家现在来说，是不可能马上废除的，这一点在学者当中也达成了共识。但是，死刑应当限制，应当少杀、慎杀，我觉得这一点应当强调。第二，从立法上来说呢，1979年刑法中有28个死刑罪名，到1997年刑法修订前达到74个死刑罪名，1997年刑法修正之后，现在刑法中有68个死刑罪名。应当说，从死刑罪名的绝对数说，还是比较多的。那么，这种死刑罪名数目多，是两个方面的原因造成的。一个方面是，有些经济犯罪、财产犯罪，这些不涉及到暴力的犯罪大量规定了死刑；另一方面是，危害国家安全犯罪、军职犯罪，规定了大量的死刑。那么，实际上危害国家安全犯罪、军职犯罪规定死刑，大多备而不用，这部分死刑罪名在司法实践当中使用很少。我觉得，这一部分的死刑罪名，可以适当减少。另一个是，在立法技术上可以进一步考虑，有些死刑罪名的增加是立法技术造成的。比如说，杀人罪要判死，那么在有些罪名当中包括了杀人行为，那么这些罪名必然要增加规定死刑，最典型的是绑架罪，绑架致人死亡或故意杀害被绑架人的判死刑，这是一个绝对死刑。像这种情况，如果在立法技术上加以调整，绑架罪可以不判死刑，但可以根据杀人罪来判死刑。又如，爆炸、放火等犯罪包括杀人行为，也可以不规定死刑，而通过杀人罪来判处死



刑。这样，就可以通过立法技术上减少带死刑的罪名。我觉得，这也是在将来立法当中值得考虑的情况。随着我国加入世界人权公约，从世界发展潮流来看，它基本上朝着废除死刑的方向发展，我们国家虽然不能在短时间内废除死刑，但是立法上对死刑再加以限定，是完全必要。这方面还得加强研究。郎胜：关于死刑的刑事政策，我得补充一点。我国法制建设不断发展，也在不断与国际接轨，像我国就陆续加入许多世界公约。如果要加入世界人权保护公约等具有刑事内容的公约呢，死刑就是一个焦点问题。尽管公约里规定死刑只适用罪行特别严重的，这和我国刑事立法精神是一致的，但是它所掌握的死刑标准比我们的立法、司法标准是要窄的。尽管我们刑法表述上对死刑的适用也是限制于罪行特别严重的，但是实际上我们死刑标准是比较宽的，有死刑的罪名还是比较多的。这样，如果我们加入公约，就得考虑加入后的应对措施。如，加入公约就不可避免地涉及到死刑数字的公开问题。这些都是有必要列入议事日程加以研究的。(未完待续) 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)