

李奋飞:死刑核准权上收最高法院后的主要问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9D_8E_E5_A5_8B_E9_A3_9E__c122_486002.htm

引言 两天前，全国人大常委会第二十四次会议于10月31日表决通过了《关于修改人民法院组织法的决定》，将人民法院组织法的第十三条修改为：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。”这一决定自2007年1月1日起施行。死刑核准权的上收，无疑会产生一系列的法律课题需要我們进行深入细致的研究。尤其是刑事诉讼法的再修改问题已被列入国家立法规划，并引起了社会各界的高度关注。在这一大背景下，认真研究死刑核准权上收最高法院后所产生的法律问题，提出较为合理的设计方案就显得极为必要。

一、死刑核准程序的启动方式

死刑复核活动明显具有司法活动的特性，其启动也应当具备消极、被动性。因为，司法的功能是，对他人提出的争议作出权威的裁断，它自身不能主动地就未呈于它面前的纷争进行审判。笔者认为，为了实现司法资源的合理配置，也基于维护被告人的程序主体地位的考虑，可以考虑把死刑复核程序的启动权赋予被告人及其辩护人。不过，前提是对于死刑案件的二审必须实行强制上诉制度。即如果一审判处被告人死刑立即执行，被告人不上诉的，则自动地转入二审程序。对于二审维持死刑立即执行的判决的，则只有在被告人及其辩护人提出申请的情况下才能启动由最高法院主导的死刑复核程序。对于被告人的申请，法律可以不限理由，即无论被告人是出于何种动机，均可申请启动死刑复核程序。当然，被告人如果表示服判，也可以放弃

启动死刑复核程序的权利。但是，为了确保被告人放弃死刑复核程序的行为是明智的和自愿的，可以考虑增设一个由二审法院所主持的正式询问程序。即由二审法院在被告人的辩护律师在场的情况下询问被告人是否申请死刑复核。询问结束后，如被告人明确表示不申请进行死刑复核程序，可以由被告人及其辩护律师在询问笔录上签字。这样既能在一定程度上体现出国家对死刑案件的慎重，又有利于体现对被告人意思的尊重。另外，这样做也比那种将所有的案件报请做最高人民法院复核更有利于节约司法资源，减低诉讼成本。尽管死刑案件比较特殊，但也绝不是可以完全忽视诉讼效益。

二、死刑复核程序的审判组织

一般说来，最高法院尽管是拥有死刑复核权的司法机构，但是对具体案件的复核活动必须由法官或其他裁判者依法组成合议庭负责进行。按照法学者的通行看法，中国法院的审判组织有三类：独任庭、合议庭和审判委员会。独任庭作为由职业法官一人组成的审判组织，有权对简单案件进行审判。合议庭则是根据合议原则建立的审判组织，负责对绝大多数案件的审判工作。与独任庭和合议庭不同的是，审判委员会是按照所谓“民主集中制”原则在各级法院内部设立的机构，它的职责是“总结审判经验，讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题”。由于审判委员会拥有对案件进行“讨论”和作出“决定”的权力，因此它尽管并不直接主持或参加法庭审判，却实际承担着审判职能，成为一种审判组织。那么，最高法院进行死刑复核应该采取哪种审判组织？按照现行法的规定，最高人民法院核准死刑案件应当由审判人员三人组成复核庭进行。这一规定大致是合适的，我们当然也可以考虑增加死刑复

核合议庭的人数，甚至我们还可以规定只有五名合议庭一致同意判处死刑立即执行的，才能作出死刑核准的裁定。不过，更重要的可能是，如何通过制度建设来防范现行司法实践中替代合议制的所谓“承办人”制的出现。这种“承办人”制实际上剥夺或变相剥夺了其他合议庭成员对案件的评议权力，这是极不恰当的。其实，设立合议制主要目的就是为了发挥集体智慧，并按照民主集中制的方式来审判案件，而不是让合议庭中的某个“精英”、“贤人”审判案件。另外，还应赋予合议庭对是否适用死刑问题的独立核准权，而不再由审判委员会讨论作出决定。因为，现行审判委员会的运作方式告诉我们，那些旨在规范法庭审判活动的诉讼原则，如审判公开、直接听审、审判集中、言词辩论以及控辩双方的平等对抗等，都不可能由审判委员会的讨论程序加以贯彻。而我们也不难想象，作为审判组织的审判委员会在既不阅卷，也不旁听合议庭的法庭审判，更不允许案件的当事者在审判委员会会议上当面陈述和举证的情况下，它在认定事实上几乎不具有任何明显的优势。即使是对法律适用问题，这一主要由法院院长、副院长、业务庭庭长、研究室主任等组成的审判委员会也缺少必要的专业分工，他们对具体案件的讨论未必比日趋专业化的合议庭的法庭审判更能保证案件质量。也正是基于上述原因，笔者建议废除审判委员会讨论决定案件的制度??不仅是在死刑案件中。当然，这并不表明笔者就主张一概废除审判委员会制度，也不表明笔者对院长、副院长、庭长对死刑案件的把关功能，他们完全可以在重大案件中通过参加合议庭的方式，来确保死刑的公正适用。

三、死刑复核程序的审理方式无庸质疑，死刑核准权收归最高法

院行使确实具有重大的意义。但是，如果由最高法院主持的死刑复核程序不能保持一种开庭的方式，而是像现在一样仅仅进行书面审查，既不听取控辩双方尤其是被告方律师的意见，也不传唤关键的证人、鉴定人出庭作证，那么这样的核准程序到底能起到多大的作用不能不令人生疑。特别是对于那些控辩双方对案件事实的认定有不同意见、对证据的真实性和证明离有较大分歧的案件更是如此。实际上，死刑复核程序虽然不属于普通程序的一个独立的审级，但它在本质上仍属于审判程序，理应具备诉讼的基本特征。因此，死刑复核程序的进行也应当遵从“诉讼”的一般规律和基本要求，在核准死刑案件时保持一种开庭审判的形式，至少也应该举行听证。当然，我们完全可以考虑根据所要复核案件的不同，采取繁简不同的听证方式。原则上，如果死刑复核程序涉及某一事实的认定，而控辩双方对该事实又存在较大的争议，则就应贯彻直接和言辞审理的原则，按照证据调查的要求组织较为复杂、正式的听证程序。在此程序中，任何一方都可以提出证据，申请通知证人出庭。甚至在必要的时候法庭还应依职权传唤关键的证人出庭作证。不仅如此，在证据调查结束之后，控辩双方还可以就被告人是否应该被判处死刑的问题进行辩论。相反，如果控辩双方对该案的事实没有较大的争议，而只是在法律适用问题上存在分歧，则听证就可以采取相对简易的方式。一般而言，法庭在听取控辩双方意见的基础上，就可以直接作出裁决。

四、死刑复核程序的审理范围

现行刑事诉讼法并没有规定死刑复核的范围。但是，按照《高法解释》的相关规定，实际上贯彻的全面审查原则。《高法解释》第283条规定：“复核死刑（死刑缓期二年执

行)案件,应当全面审查以下内容:(一)被告人的年龄,有无责任能力,是否正在怀孕的妇女;(二)原审判决认定的主要事实是否清楚,证据是否确实、充分;(三)犯罪情节、后果及其危害程度;(四)原审判决适用法律是否正确,是否必须判处死刑,是否必须立即执行;(五)有无法定、酌定从轻或者减轻处罚的情节;(六)其他应当审查的情况。《高法解释》第287条还规定:“共同犯罪案件中,部分被告人被判处死刑的,最高人民法院或者高级人民法院复核时,应当对全案进行审查,但不影响对其他被告人已经发生法律效力判决、裁定的执行;发现对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定确有错误时,可以指令原审人民法院再审。”但是,死刑复核无视诉争的范围,机械地进行貌似公允的全面审查,不仅有悖司法审判权运作的基本规律和诉讼程序的安定性,最终也必将造成诉讼拖延和诉讼效率的下降。基于此,笔者建议对我国的死刑复核程序中的全面审查原则予以修正,并将死刑复核的范围严格地限制在被告方申请的理由上。即对于原审裁判中所涉及的事实认定和法律适用问题,凡是被告方没有提出异议的部分,死刑复核时就不再审查。当然,如果被告人提出申诉时并没有说明理由,而仅仅是对二审法院所作的死刑立即执行的判决表示不服,则最高法院可以依职权进行审查。这既有利于体现当事人的意思自治原则,又能够确保最高法院进行有针对性地复核,节约司法资源。

五、死刑复核程序中的有效辩护

辩护权不仅是被追诉人核心的诉讼权利,也是其所享有的宪法性权利,确保被判处死刑的被告人在死刑复核程序中获得律师的有效帮助,这不仅有助于维护死刑复核程序具备最低限度的公正

，也是纠正错判、防止错杀的最有效的制度保障之一。但是，现行刑事诉讼法和相关司法解释虽然在保障死刑案件中被告人的辩护权问题上作出了特殊的规定，却没有明确规定在死刑复核程序中是否应当为被告人指定辩护承担法律援助义务的律师提供法律帮助。司法实践中，由于死刑复核程序往往只是进行书面审查，因而基本上没有被告人指定辩护律师。因此，死刑复核程序的完善应当将我国现行的强制辩护制度扩大到死刑复核程序之中。不仅如此，为确保死刑复核程序中的被告人能够获得律师的有效帮助，最高法院在指控承担法律援助义务的律师时，也应尽量让法律素养较高特别是有死刑辩护经验的律师来担当辩护工作。这是因为，相对于普通刑事案件而言，为死刑案件的被告人作辩护的复杂性和重要性对于辩护律师提出了更好的要求。然而，目前的现状是，由于法律援助经费严重不足等原因，造成死刑案件中的辩护律师尤其是承担法律援助义务的律师的素质普遍不高，并且通常也缺乏进行死刑辩护的必要经验，得死刑案件中的被告人很难获得有效辩护。这对于实现“少杀”、“慎杀”的目标显然是不利的。这一结论我们可以从其他国家的统计数据上得以佐证。在佛罗里达和乔治亚，与拥有自己律师的被告人相比，由法庭指定律师的被告人被判处死刑的可能性要大得多。实际上在乔治亚，如果考虑到所有其他因素，在被告人只能接受由法庭指定的律师案件中，死刑判决率要高2.6倍。

六、死刑复核是否需要设置期限

我国刑诉法关于立案、侦查、起诉、审判等诉讼的各个阶段都有诉讼期间的明确规定，而对死刑复核的期限却没有作出明确的规定。关于死刑复核是否应该有一个明确的期限，目前主要有两种观点

：一种观点认为，死刑案件通常错综复杂、千奇百怪，如果硬性规定一个确定期限来完成死刑复核，不利于防止冤杀、错杀；另一种观点认为，死刑复核程序是刑事诉讼程序中的一部分，既然是程序，自然应受期限限制，没有期限限制的程序，不符合程序法制原则的精神，也不符合程序正当原则的要求，无论对于权力的行使还是对于权利的保障都会产生一定的负面影响。另一方面，从被判处死刑的人的角度考虑，无限期地等待或者十分快速地被核准死刑，也都是欠妥当的。笔者认为，尽管对死刑复核设定期限确有一定的价值，但是考虑到确保死刑裁判的准确和公正，也考虑到控制死刑适用的需要，以不为死刑复核设定期限最佳。

七、死刑复核后的处理方式

按照现行司法解释的规定，对于判处死刑的案件，经过复核后，应当按照下列不同情形分别处理：（1）原判决认定事实和适用法律正确的，裁定予以核准；（2）原判决事实不清楚或证据不充分，裁定撤销原判决、发回重审；（3）原判决认定事实正确，但适用法律有错或量刑不当的，应当改判；（4）发现一审法院或二审法院违反法律规定的诉讼程序，有《刑事诉讼法》第191条规定的情形之一的，应当裁定撤销原判决，发回第一审法院或二审法院重新审判。原审人民法院对于发回重审的案件，应当另行组成合议庭，依照原审级程序进行审判，对于依照一审程序重新审判后的判决，可以上诉、抗诉。对于上述几种复核后的处理方式，笔者基本上是同意的。但是，对于原判决事实不清楚或证据不充分，是否应当裁定撤销原判决、发回重审，笔者则持不同的意见。在笔者看来，最高法院在原审事实不清或证据不充分的情况下将案件发回重审的做法是不妥当的，且不说相对

于二审程序而言，死刑复核程序有其特殊性，而且，更重要的是，在原判事实不清证据不足的情况下，最高法院将案件发回重审所带来的诉讼程序的“倒退”，不仅仅会使死刑案件的被告人的羁押期限的相应延长，进而使被告人成了司法专横的客体，而且也有悖诉讼价值和诉讼目标的实现，最终造成诉讼效率低下。实际上，对案件事实是否清楚的判断带有很强的主观性，既然我们承认诉讼证明活动依赖的“事实”，是对过去事实的一种重塑，是法律真实而不是客观真实，那么最好由最高法院依终审权力直接进行判定，不必再发回重审。因为，即使对同一案件，不同的裁判者在认定事实是否清楚方面实际上往往有很大的区别。最高法院在复核中，要判断原判决认定的事实是否错误或是否清楚，只有在查清这个案件正确的、清楚的事实并把两者进行比较的基础上才能得出结论。很显然，如果最高法院通过复核已经查清了案件的事实，并据此判定原判决认定事实错误或认定事实不清，那么，不对案件直接改判而发回重审，岂不多此一举？而如果最高法院通过复核并未能查明案件的正确事实和清楚事实是什么，又如何能得出原判决认定事实错误或认定事实不清的结论呢？

八、被核准死刑的罪犯及其近亲属的申诉权的保障

申诉权是公民的一项宪法性权利，刑事诉讼法不应随意限制公民的这一权利。因此，在刑事诉讼中，公民在认为自己被冤枉或存在冤假错案时应享有要求纠错的法定权利，即有提出申诉的权利。但是，我国现行法的规定并不能保障被判处死刑立即执行的罪犯的申诉权的行使。按照我国现行刑事诉讼法和《高法解释》的有关规定，执行死刑必须由最高人民法院院长或高级人民法院院长签发死刑执行令，最高

人民法院和高级人民法院的执行死刑命令，均由高级人民法院交付原审人民法院执行，原审人民法院在在接到死刑命令后，应当在7日内执行。由此可见，死刑案件经过核准后，并不立即对犯罪人执行死刑。同时，为体现执行死刑的慎重性，尽可能地防止错杀，刑事诉讼法第342条还规定，下级人民法院在接到执行死刑命令后，发现裁判可能有错误的、在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的以及罪犯正在怀孕的等情形的，必须停止执行死刑。但是，对于死刑核准后，罪犯提出申诉是否停止执行，法律就没有做出明确的规定，司法实践中罪犯的申诉并不具有停止交付执行的效力，因而实际上剥夺了被判刑人申请再审的权利和机会。我们认为，对于被核准要执行死刑的罪犯的申诉权，立法应当设置相应的制度予以保障。立法可考虑建立死刑的延期执行制度，即对于死刑复核后同意对被告人判处死刑立即执行的或者签发死刑执行令后，罪犯提出申诉的，最高法院应当决定延期执行死刑，并立即组成合议庭对该申诉进行必要的审查，以决定是否决定再审。但为了防止久拖不决，法律可对申诉的次数作出限制，如规定经过两次申诉，最高法院仍然维持原死刑判决的，即应交付执行。结语（在死刑复核程序之外）在以上的论述中，笔者对我国死刑核准权上收最高法院后需要探讨的主要课题提出了初步的“理论”设想。但是，笔者深知，要建立一个较为完善的控制死刑适用的程序机制，尤其要达到我们一直提倡的“少杀”、“慎杀”、防止“错杀”的目的，仅仅完善我国现行的死刑复核程序是远远不够的。“通过程序控制死刑的公正适用”这一目标要求我们在改革完善现行的死刑复核程序的基础上

，也应探讨增加更为有效的保障死刑公正适用的程序和制度，尤其是在死刑案件的第一审程序和二审程序上下功夫。在死刑案件的第一审程序和二审程序的重构问题上，诉讼观念和司法价值观的转变不仅是必要的，也是迫切的。在笔者看来，如果说，一般的刑事案件，我们可以对公正与效益进行同等的关注的话，那么，对于可能判处死刑的案件，我们必须也只能更多地关注公正。因为，对于死刑案件而言，一项法律程序无论多么富有效益，只要它无法使被告人获得公正的审判或者无法使得被告人再次获得有效的权利救济的机会，从而导致被告人可能会被错判死刑的话，我们都可以也应该对它作出消极的评价。可以说，无论是中国的第一审程序，还是作为普通救济程序的二审程序，对于诉讼效益的提高都是有益的。但是，第一审程序的法庭审判由于存在着“笔录中心主义”的严重问题，使得一审程序对侦查的纠错功能大大降低。而二审程序也由于常常进行不开庭审理，使得当事人无法充分参与到二审程序的裁判制作过程中来，从而使得二审程序通常也根本无法发挥其纠正一审裁判错误、对当事人进行权利救济的作用。因此，在笔者看来，加强死刑的程序控制作用的关键点，既在于强化第一审的法庭审判功能，确保死刑案件的被告人获得公正的审判，也在于革除中国现行普通救济程序的基本缺陷，尤其是对于一审判死刑立即执行的案件，二审的审理绝对不能适用不开庭的审理方式。令人欣慰的是，在本文结束之际，最高人民法院已于2005年12月7日发出《关于进一步做好死刑二审案件开庭审理工作的通知》，要求各高级人民法院在继续坚持对检察院抗诉的死刑二审案件开庭审理的同时，自明年1

月1日起对案件重要事实和证据问题提出上诉的死刑第二审案件一律开庭审理，明年下半年对所有死刑二审案实行开庭审理。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