

# 死刑废除的刑法教义学言说何以可能

姜 涛

〔摘要〕 死刑适用标准是刑法教义学关注的热点领域,当法学家以理性的死刑观建构死刑之适用标准,并以此来关照我国当下司法实践时,必然会产生理性的死刑观与现实的死刑观之间的冲突:理性的死刑观以司法上废除死刑为基本目标,主张在“可杀与不可杀”的情况下,坚持不杀,为此,刑法教义学建构起一个最严格限制死刑的适用标准。现实的死刑观则可能基于政治抉择、社会效果、民意等考量,而在“可杀与不可杀”的情况下,附条件地慎杀。刑法教义学的目标不仅在于追求个案的公正裁决和确保同类案件处理之间的协同性,而且在于理清社会发展的理想。引领我国死刑适用更加理性,法学家必须立足于自我预言式实现,从刑法教义学上建构“司法上废除死刑”的理想,并说服民众与政治家。

〔关键词〕 死刑;适用标准;社科法学;刑法教义学;自我预言式实现

死刑废除是对刑法文明的拯救。在死刑笼罩之下,民众往往运用正义、应报与杀人偿命等口号自我欺骗,司法者会借替天行道,用文字而不沾血腥的方式杀人。中国死刑废除的最大阻力并不是一般民众,而是一群法定的、掌握着生杀予夺权力的法官。不应拿一般民众的反对,来粉饰自己的死刑判决。中国长期以来死刑裁判数量居高不下,与绝大部分法官赞同死刑正相关,与法律人没有确立死刑废除的理想有关。如果忽视这一事实,那么任何有关死刑废除问题的讨论,则根本发挥不了作用。法学家必须基于“废除死刑”的自我预言式实现,说服民众不迷信死刑,说服政治家不重用死刑和说服司法者不适用死刑。

## 一、学术盛宴抑或命题混淆:从贾敬龙死刑案的争议入手

很少议题会如同死刑议题一样,造成法学上的重大争议,如李昌奎案、贾敬龙案、林森浩案、药家鑫案、张扣扣案等,这不仅是因为死刑所牵涉到的生与死的抉择,在法学评判上面临两难选择,而且是因为死刑更牵涉到公权力能否基于社会整体的名义,以保护社会成员为理由,而以国家暴力方式杀人问题。当今真是故意杀人罪中死刑适用的终结吗?张扣扣案、贾敬龙案、林森浩案的司法裁判结果对此给予了否定回答,也给“立法上保留死刑、司法上最严格限制死刑”的政策适用带来了疑问。在重视刑法教义学的时代,法学家有了服务甚至引导刑法实务的主体意识,而不是单纯意义上书斋中的法学家。法学家们在贾敬龙死刑案上展开的教义分析及观点竞争,无疑是最好的例证。

姜涛,法学博士,南京师范大学法学院教授、博士生导师,青年长江学者,中国法治现代化研究院、中国高校区域法治协同创新中心研究员(南京 210023)。本文系 2021 年度最高人民法院重大项目“新形势下宽严相济刑事政策贯彻问题研究”的阶段性研究成果。

旧话重提也不失意义,贾敬龙死刑案(以下简称贾案)自二审判决后受到社会关注,并引发了法学的讨论。<sup>①</sup>一审法院审理认为,贾敬龙的行为构成故意杀人罪,犯罪影响极其恶劣,手段极其残忍,后果特别严重,遂对贾敬龙判处死刑,剥夺政治权利终身。<sup>②</sup>二审刑事裁定书认为,贾敬龙故意杀人的行为,情节与后果均严重,遂裁定驳回上诉,维持原判。<sup>③</sup>事实上,引发网民讨论的不止贾敬龙案,张扣扣案也因律师一份别出心裁的辩护词而引发社会重大关注。

贾敬龙案涉及的问题是:故意杀人罪之死刑适用标准的教义学知识体系,从微观层面是“罪该处死”或“罪不该处死”的选择问题,主要涉及如下几个具体教义学问题:一是是否具有法定的从轻或减轻处罚的理由,比如自首;二是案发原因等非规范因素,是否可以降低行为人的罪责,比如被害人有无过错、是否属于邻里纠纷?三是如果具有可以宽恕的理由,那么这种宽恕是否可以阻却死刑的适用?从宏观层面是以何种死刑观来展开教义分析,这种教义学标准及理由是什么,以及需要实现何种目的。就两者的关系而言,死刑观是更为根本性的存在,学者之间有关故意杀人罪之死刑适用标准的不同理解,往往是不同的死刑观所导致的,其次才是故意杀人罪之死刑适用标准的文义解读与逻辑分析。就像刑法解释中的形式解释论与实质解释论之争,尽管两者对法律理性(形式理性抑或实质理性)、解释方法(是否允许入罪上的扩大解释)等存在差异,但最终还是受制于不同解释者对刑法目的的理解,即是坚持社会保护与人权保障并重,抑或坚持人权保障优先。

欲回答上述问题,乃涉及一些前提性的追问:何为刑法?是刑法文本本身?抑或解释者按照自己意图解释后的刑法?与之对应,是刑法本身对死刑适用标准已经作出规定?抑或解释者在具体化解释中明确死刑适用标准?这些追问在死刑适用标准的教义学讨论中得以集中体现。就死刑适用标准而言,《刑法》第48条有关“罪行极其严重”“不是必须立即执行”等表述属于典型的抽象性、策略性规定,在这些美丽辞藻的掩盖下,死刑适用标准成为“概念暗箱”,死刑实践往往成为了神秘操作,即使针对故意杀人罪这样的常规案件,如何从刑法上判断死刑适用标准也会存在疑问,毕竟,《刑法》第232条还规定了情节较轻的故意杀人罪。当我们要讨论刑法中死刑立即执行的适用标准时,必然是解释者本身对这一标准的解释,而不是刑法本身了,而这种解释不仅会形成争议,而且也需要明确化解争议的标准,这种标准正是本文研究的重点。

既然死刑的适用标准是刑法文本与解释者的解释的综合,那么不同学者之间、理论界与实务界之间死刑观的碰撞就不可避免。贾敬龙案引发的理论界与实务界之间的重大分歧即是例证。法学界江平、贺卫方等上书给周强大法官,请求对贾敬龙免死,认为一审、二审的死刑判决违背少杀、慎杀刑事政策,也不符合死刑的适用标准。最高人民法院刑三庭负责人在回答媒体记者提问时却给出了必须判处死刑的诸多理由。<sup>④</sup>可见,两者都是坚称是刑法教义,但却在教义分析的结论与论证理由上

<sup>①</sup>贾案并不复杂,贾敬龙因拆迁补偿纠纷对该村党支部书记兼村委会主任何建华产生怨恨,并预谋对何建华实施报复。2014年10月,贾敬龙购买了三把射钉枪、一把仿真手枪及射钉弹药等,并对射钉枪进行了改装、试验,使射钉枪可以直接发射,射钉可以穿透一公分厚的木板。2015年2月19日(大年初一)凌晨4时许,贾敬龙驾车来到北高营新村准备举办春节团拜会的会场,将车停在会场附近后步行返回到租住处。当日上午9时许,贾敬龙从租住处携带三把射钉枪和一把经鉴定属枪支的仿真手枪,来到春节团拜会会场,持射钉枪当众朝从主席台上给群众拜年走到台下的何建华的后脑部射击,射钉贯穿何建华颅脑,致何建华颅脑损伤死亡。作案后,贾敬龙驾驶事先停放在现场附近的汽车逃离现场。村民张瑞国试图拦截,贾敬龙拒不停车并开车向张瑞国冲撞。村民金庆昆、何志辉、何志轩等人见状后驾车追赶,并将贾敬龙驾驶的汽车撞停。贾敬龙下车后高声拒捕,持枪恐吓前来抓捕的村民,并朝村民开了一枪。后追赶的村民将贾敬龙制服,公安民警赶到并将贾敬龙抓获。杨轶然:《贾敬龙为何“罪该处死”?》,《人民法院报》2016年11月16日,第4版。

<sup>②</sup>河北省石家庄市中级人民法院[(2015)刑初字第00138号]刑事附带民事诉讼判决书。

<sup>③</sup>河北省高级人民法院[(2016)冀刑终字第27号]刑事裁定书。

<sup>④</sup>“贾敬龙因对已签订拆迁协议的旧房被合理拆迁不满,在事过近两年后,蓄意报复,当众用射钉枪将被害人杀害,犯罪情节极其恶劣,罪行极其严重。”并具体说明了“预谋报复,主观恶性极深”“持枪作案,手段特别残忍,社会危害性极大”“杀人后持枪抗拒群众抓捕,人身危险性极大”“刻意选择在春节作案,犯罪情节和社会影响特别恶劣”。杨轶然:《贾敬龙为何“罪该处死”?》,《人民法院报》2016年11月16日,第4版。

形成了严重对立。

这种对立在死刑适用的司法实践中十分常见,从而引发争议。以李昌奎案为例,李昌奎案一审判决以罪行极其严重为由对其判处死刑,<sup>①</sup>二审判决则以自首、悔罪等理由对其改判为死缓,<sup>②</sup>云南省高级人民法院再审又对其改判为死刑。<sup>③</sup>可见,要不要判处被告人死刑,在司法裁判中完全成为一种言说的主观存在,当法官要判处或不判处死刑立即执行时,完全会采取不同的言说方式及理由。而学界对李昌奎案也采取支持态度,如高铭喧教授指出,云南高院再审改判李昌奎死刑,较好地把握了法律、政策和民意,充分体现刑法的罪责刑相适应原则,实现了法律效果和社会效果的统一。<sup>④</sup>

上述观点对立值得我们深思。《刑法》第48条有关死刑规定的“罪行极其严重”只是刑法总则中的一般规定,是典型的“变色龙”概念,在刑法分则中必然有一个具体化解释问题,即根据不同犯罪,建构不同的死刑适用标准。依据《刑法》第232条的规定,故意杀人的,优先选择死刑,只有在死刑过重之时,才会选择无期徒刑。只是,《刑法》第232条并无规定死刑与死缓的边界,因此,对行为人判处死刑抑或死缓,还受制于《刑法》第48条有关“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”的规定。结合《刑法》第49条有关未成年人、老年人和孕妇不适用死刑的规定,死刑适用的标准有必要条件与充分条件的区分,其中,“罪行极其严重”是死刑适用的必要条件,必要条件涉及的是该不该杀问题,而不需要立即执行、未成年人、75周岁以上的老年和孕妇等作为死刑适用的阻却事由,涉及的乃是死刑适用的充分条件,充分条件涉及要不要杀问题。就罪行极其严重和不需要立即执行的关系来说,也涉及死刑立即执行的必要条件与充分条件问题,罪行极其严重只是死刑适用的必要条件,但并不是充分条件,不具有“不需要立即执行死刑”的条件,才是死刑适用的充分条件。

随之而来的问题是:何为死刑适用的充分条件?这是一个刑法规范没有进一步明确,容易带来司法误用,并引发学术争议的领域。贾敬龙案引发的热烈讨论,涉及了一个基础的刑法命题:死刑废除的刑法教义学说何以可能?它旨在回答为何贾敬龙案会到“拔剑论功”的境地,如何才能避免法教义学讨论上的“众盲摸象”现象。这些年来药家鑫案、李昌奎案、林森浩案和贾敬龙案等引发的理论自觉及司法实践的无情拒绝,表明这一问题并没有得到很好的解决。对于如何探索死刑废除的中国路向,虽然处处可以见到理论界的努力,但是受限于立法上体系的失衡及司法上的不断往复,并不能说已经掌握到合理解决问题的关键,甚至完全有可能走向问题的反面。死刑适用标准并不是一个单纯的刑法教义学命题,而是一个与教义学、死刑政策、法学家理性与民众激情等相关的复杂领域,不同学者从刑法教义学的不同维度进行思考,得出的结论自然相异,难以形成共识,这表面上是一场学术盛宴,其实存在着严重的问题混淆:法学家是站在死刑废除的理想上展开教学分析,法官则是立足于个案的妥当性解决且兼顾案件处理之间的协同性,民众往往是站在“历史的维度”追求案件之间处

①理由是:“被告人李昌奎所犯故意杀人罪,犯罪手段特别残忍,情节特别恶劣,后果特别严重,其罪行特别严重,社会危害极大,应依法严惩,虽李昌奎有自首情节,但依法不足以对其从轻处罚。被告人李昌奎及其辩护人提出李昌奎并非报复杀人的辩解与本案查明的事实不符,被告人李昌奎及其辩护人请求从轻处罚的辩护意见不能成立,本院不予采纳。”云南省昭通市中级人民法院(2010)昭中刑一初字第52号刑事附带民事判决书。

②理由是:“上诉人李昌奎目无法纪,将王家飞掐致昏迷后对其实施奸淫,而后再将王家飞、王家红姐弟杀害的行为,分别构成强奸罪、故意杀人罪,应依法严惩。被告人李昌奎在犯罪后到公安机关投案,并如实供述其犯罪事实,属自首;在归案后认罪、悔罪态度好;并赔偿了被害人家属部分经济损失,故上诉人李昌奎及其辩护人所提被告人具有自首情节、认罪、悔罪态度好,积极赔偿被害人家属的上诉理由和辩护意见属实,本院予以采纳。鉴于此,对李昌奎应当判处死刑,但可以立即执行。”云南省高级人民法院(2010)云高法终字第1314号刑事判决书。

③理由是:被告人李昌奎构成强奸罪、故意杀人罪,且犯罪手段特别残忍,情节特别恶劣,后果特别严重,社会危害极大,虽有自首情节,但不足以对其从轻处罚。遂改判李昌奎死刑,剥夺政治权利终身。王研:《滇高院再审李昌奎案:改判死刑》,《新华每日电讯》2011年8月23日,第2版。

④袁定波、卢杰:《改判李昌奎死刑是正确贯彻死刑政策》,《法制日报》2011年8月24日,第5版;张先明:《实事求是 有错必纠》,《人民法院报》2011年8月24日,第1版。

理的协同性,是向后看而非向前看,虽然他们都坚称是刑法教义学分析,但往往“众口难调”,且多属于没有触及问题根本的“燕蝠之争”。

本文认为,刑法教义学不仅要追求个案妥当性与个案之间的协同性,而且要理清社会发展的理想。<sup>①</sup>从废除死刑的社会理想出发,司法上废除死刑有一个法学家“自我预言式”的实现问题,而不只是司法实践的“被动反应”,法学家大可不必为目前的司法现实遮蔽慧眼。以下,是对这一观点的详细论证。

## 二、死刑适用标准的理想与现实

死刑常常是“以其人之道,还治其人之身”的产物,死刑适用往往也被视为“排除异端中的异端”。就死刑存废而言,法学家已经把该讲的理由都讲透了,剩下的就是选择问题。关键是如何选择,这在不同主体之间存在差异。死刑适用标准的理性往往为法学家所坚守,而死刑适用标准的现实往往具有路径依赖现象,难以在步子上迈得过大,如果法学家们坚持一种理性的、超前的死刑观,而司法实务坚守一种保守的、现实的死刑观,则必然会导致死刑适用标准上理性与现实的冲突。

### (一) 理性的死刑观:法学家的自我预言式实现

很显然,法学家在死刑问题上的理性乃是一种默顿所言的“自我实现的预言”,即如果人们把一个情境定义为真实的,并按照这一情境界定去行动,那么其结果就将是真实的。<sup>②</sup>美国社会学家默顿(Robert K. Merton)在揭示人类社会活动的建构特征时,使用“自我实现的预言”概念,其含义是面对一个指向未来的、不确定的预测,这个预测的结果是什么并不重要,重要的是所有人按照这一目标及预设的条件行动,最终这一预测成为了现实,预言从想象变成了现实。

刑法教义学如果不能提供一个标准,任由刑法教义学外的视角,尤其是政治抉择命定死刑的适用空间,也会导致司法恣意。更何况,不同学者的立场不同,讨论的结论与理由也会“众口难调”,会带来“甲说、乙说、丙说,随便怎么说”的学术牢笼,实践反对理论也就在所难免。这种法学之困,在贾敬龙案的死刑适用上得以集中体现。就《刑法》第48条规定的死刑适用标准而言,何为罪行及其严重?何为罪该处死但又不需要立即执行?这都属于相对明确性的概念,存在着明显的“概念黑洞”,是一个需要进行刑法教义分析的概念。国内不少学者是站在“最严格限制死刑”立场,分析故意杀人罪的死刑适用标准问题,其中,最常见的分析路径是,只要有酌定或法定从轻处罚的情节,就认为对被告人具有宽恕的理由,自首、自愿赔偿、邻里纠纷或被害人过错等都被视为是死刑阻却事由,比如贾敬龙案、夏俊峰案对被害人过错的强调,李昌奎案对恋爱纠纷的强调,李飞、王志才故意杀人案对婚恋纠纷的强调等,刑法学界基于最严格限制死刑的立场,往往会坚守这样的分析路径。

近年来,我国不少学者接受德日国家刑法理念,尤其是欧洲国家全面废除死刑的观点,主张中国应当废除死刑,即使立法上保留死刑,也应当实行最严格的死刑适用标准。立基于此,当学界在面对被媒体披露的药家鑫案、李昌奎案、夏俊峰案、林森浩案、贾敬龙案等之时,往往基于一种最严格限制死刑的适用标准进行教义分析,比如,在夏俊峰故意杀人案中,把城管执法解释为被害人过错;在贾敬龙故意杀人案中,把时隔两年的强拆解释为被害人过错;在林森浩故意杀人案中,把同学之间的矛盾解释为被害人过错;等等。笔者认为,死刑废除代表着刑法学者的一种价值立场,而不是一种教义

<sup>①</sup>姜涛:《法教义学的基本功能:从刑法学视域的思考》,《法学家》2020年第2期。

<sup>②</sup>苏国勋:《从社会学视角看“文明冲突论”》,《社会学研究》2004年第3期;邢虹文、王琴琴:《电视媒介、阶层意识及其认同的塑造——基于上海市民调查的分析》,《当代传播》2012年第5期。

分析或后果考察的结论,刑法学者已经把废除死刑理想的自我意图很巧妙而隐蔽地穿插在教义学当中了。同时,坚持最严格的死刑适用标准,也体现了法学家的理论理性,主张中国在不远的将来在立法上彻底废除死刑,或者在立法上保留死刑的情况下,应实行一种最严格的死刑限制适用立场。

在两百多年前西欧社会开始着手建构近代法之际,意大利近代刑法学家贝卡利亚已经开始对当时的国家暴力进行批判,并在1767年出版的《论犯罪与刑罚》(*On Crimes and Punishment*)一书中主张应废除死刑,这一贝卡利亚式的自我预言,在今天不少国家和地区开花结果,成为一种现实。笔者认为,这种自我预言式的实现其实是很有意义的,法学家以知识体系提出与发展一种超前的学术主张,目的在于理清社会发展的理想,客观上有利于纠正死刑争议中的迷失现象。以法学家的理论建构理清我国死刑制度发展的理想,看似对个案之妥当性解决并无多大裨益,但事实并非如此。法官对死刑之适用标准的把握,主要是一个教义分析与论证的结果,与法官的前见密不可分,正如冯军教授所指出:“在刑法教义学中,为了获得妥当的解释结论,首先就要求根据先见来理解刑法规范。刑法教义学者在解释刑法规范时,一开始不仅要根据自己的生活经验来理解刑法规范,而且要重视既存的学说和判例对刑法规范的解释。自己的生活经验和既存的权威见解是刑法教义学者解释刑法规范的起点。”<sup>①</sup>无论是社会生活经验,抑或学说,都是法官前见不可缺乏的组成部分,死刑发展的未来图景是什么,是法学家影响法官前见中最容易忽视但又最容易实现的部分。

从全球视域分析,美国联邦最高法院否定死刑价值的判决,首推 *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972)。该判决实系由 *Furman v. Georgia*, *Jackson v. Georgia*, *Branch v. Texas* 三个案件所组成。职是之故,该判决所涉及遭判处死刑的被告共有三位,其中 William Furman 在乔治亚州被认定触犯谋杀罪,并被判处死刑; Lucious Jackson 在乔治亚州则被认定触犯强制性交罪,并被判处死刑; Elmer Branch 则在得克萨斯州被认定触犯强制性交罪,并被判处死刑。而美国联邦最高法院认为,在此等案件对该等被告判处及执行死刑,系残忍且不寻常的刑罚,因而违反宪法增修条文第8条的规定(宪法增修条文第8条的规定,系透过宪法增修条文第14条的规定,而适用到各州)。<sup>②</sup>然而,该判决的主要意见,实系由五个协同意见所组成。而各个协同意见之所以认为本件的死刑系残忍而不寻常的刑罚,理由不一。有认为死刑无论在何种情况下,皆系残忍而不寻常的刑罚,而属违宪者(例如大法官 Brennan、Marshall 的意见);亦有认为死刑制度在当时的适用方式,系造成其之所以违反宪法增修条文第8条的原因,并非死刑无论在何种情况之下皆系违宪,或者无须讨论死刑是否无论在何种情况下皆系违宪。<sup>③</sup>

当今在死刑废除问题上,两大阵营相互角力,谁也无法说服谁。尽管学者们基本上主张全面废除死刑或部分废除死刑,但中国的死刑废除问题就像挂在拉磨的驴子前面的胡萝卜一样,虽然引导着驴子一直在往前走,但无论驴子再怎么用力,但却始终吃不到胡萝卜。其原因就在于,我国当前死刑制度变革存在严重的路径依赖现象。

## (二) 现实的死刑观:严重的路径依赖现象

死刑变革的“西学东渐”会遭遇路径依赖的制约,路径依赖意味着以往的死刑制度尽管是无效

<sup>①</sup>冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期。

<sup>②</sup>该条规定:“不得要求过高额度之保释金,亦不得判处过高额度之罚金,复不得加诸残忍而不寻常之刑罚。”(“Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments.”)其中,关于不得加诸残忍而不寻常的刑罚此一部分,即系作为解释死刑是否合宪问题的主要依据。

<sup>③</sup>郑延谱:《美国死刑制度的发展及启示》,《北京师范大学学报》(社会科学版)2009年第6期;王玉叶:《美国最高法院审理死刑合宪性原则:试看 *Furman*, *Gregg* 与 *Atkins* 三案之轨迹》,《政法法学评论》2004年第82期;柳建龙:《死刑合宪性审查的法理:演化中的合宜行为基准》,《南阳师范学院学报》2007年第5期。

的,但因为它是—直存在的,这种死刑制度往往具有“惯性”,并成为新的死刑制度发生的制约力量。诺斯在其1990年出版的《制度、制度变迁和经济绩效》中指出:“一旦一条发展路线沿着一条具体进程行进时,系统的外部性、组织的学习过程以及历史上关于这些问题所派生的主观主义模型就会增强这一进程。”<sup>①</sup>路径依赖表达的是新制度形成的制约因素与旧制度为何还会持续地影响社会生活,即所谓的“惯性”,路径依赖并不可怕,可怕的是我们没有找到克服路径依赖的方法,如果缺乏这种方法,旧制度就会形成一种“不可逆的自我强化趋向”。<sup>②</sup>

中国当前在死刑适用标准上的往复,无疑就是这种路径依赖的体现。一如我们所知,王志才故意杀人案和李飞故意杀人案均属于一审、二审被法院判处死刑,但最高人民法院没有核准死刑,而是发回重审而改判死缓限制减刑的情况,体现了对故意杀人案中死刑的慎用。然而,好景不长,自林森浩案开始,又恢复到重用死刑的状态。作为前提,复旦投毒案并没有出现杀声震天的局面,相反,更多的网民认为被告人林森浩不应当被判处死刑,其中,复旦大学177名学子还联名向上海市高级人民法院求情,请求法院不要判处林森浩死刑,但司法机关顶住公共舆论的压力,最终对林森浩判处死刑。<sup>③</sup>2015年1月8日,上海市高级人民法院对被告人林森浩上诉案做出“驳回上诉,维持原判”的裁定。<sup>④</sup>本案被中国法治现代化研究院评为2015年度十大法治影响力案件,事件入选的理由是:司法机关顶住了公共舆论压力而对林森浩判处死刑。

为何司法实践并不主张一种最严格限制死刑的立场,这主要是基于公共舆论的压力,死刑适用中的严与宽是源于文化等非正式制度的差别。因为,“文化提供了一个以语言为基础的概念框架,用以破译与解释呈现到大脑中去的。”<sup>⑤</sup>这就是说,不同的主观模式或文化,决定了初始选择的差别。初始选择的差别决定了不同民族对不同死刑发展路径的依赖。而死刑制度之所以能够长期存在,是因为废除死刑或司法上废除死刑的成本太高。<sup>⑥</sup>民众之所以认可死刑,与“杀人偿命”的报应观念、政治家重视死刑的功能等密不可分。而司法实务对死刑适用标准的分析,是看主观恶性、人身危险性、犯罪手段与社会影响等。比如,贾敬龙案的死刑复核理由。<sup>⑦</sup>

很显然,贾敬龙案的死刑判决及复核理由,还是站着传统死刑理论上对个案进行的回应。这一死刑理论是老一代刑法学家所建立起来的话语体系,即罪行极其严重只是死刑适用的必要条件,而非充分条件,不仅要求行为人的罪过必须是故意(相当于主观恶性),行为人所造成的客观后果特别严重(客观的社会危害性),而且要求行为人的身危险性极大。<sup>⑧</sup>这一传统的死刑适用标准,长期为我国司法实践所坚持。但在面对贾敬龙案等有重大争议案件时,往往难以发挥限制死刑的作用。

我们必须寻找新的理论方案。德国学者指出,“要用实践理性来检验关于刑法规范的先行理解,

①[美]道格拉斯·诺斯:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海:上海三联书店,1994年,第132页。

②林岗:《诺斯与马克思:关于制度变迁道路理论的阐释》,《中国社会科学》2001年第1期。

③理由是“一审法院认定,被告人林森浩因琐事而采用投毒方法故意杀人,手段残忍,后果严重,社会危害极大,罪行极其严重。林森浩到案后虽能如实供述罪行,尚不足以从轻处罚。遂对被告人林森浩以犯故意杀人罪判处死刑,剥夺政治权利终身。”上海市第二中级人民法院(2013)沪二中刑初字第110号刑事判决书。

④上海市高级人民法院(2014)沪高刑终字第31号刑事裁定书。

⑤[美]道格拉斯·诺斯:《制度、制度变迁与经济绩效》,第149页。

⑥林岗:《诺斯与马克思:关于制度变迁道路理论的阐释》。

⑦本案经最高人民法院复核,认为被告人贾敬龙即属于法律规定应判处死刑立即执行的犯罪分子。贾敬龙因对已签订拆迁协议的旧房被合理拆迁不满,在事过近两年后,蓄意报复,当众用射钉枪将被害人杀害,犯罪情节极其恶劣,罪行极其严重。被告人贾敬龙经预谋,持枪当众杀人,犯罪情节和社会影响特别恶劣,手段极其残忍,人身危险性极大,罪行极其严重;贾敬龙到案后虽能供认犯罪,但无悔罪表现等其他可以从轻处罚的情节,不足以对贾敬龙从轻处罚。徐隽:《最高法核准贾敬龙死刑列“罪该处死”理由》,《人民日报》2016年11月16日,第11版。

⑧高铭暄:《略论我国死刑制度改革中的两个问题》,《法学家》2006年第1期;高铭暄、苏惠渔、于志刚:《从此路上废止死刑的征途——〈刑法修正案(八)草案〉死刑问题三人谈》,《法学》2010年第9期。

并在权威性见解的基础上发展出更加符合社会真实状况的解释刑法规范的新方案。”<sup>①</sup>就一般民众来说,一方面赞成保留死刑,认同“杀人偿命”的原始死刑报应观;另一方面却质疑司法的公正性,遇到情理法冲突的案件,如张扣扣案中的“为母复仇”、贾敬龙案中的“反抗暴力拆迁”,会对被告人产生同情,但却不懂司法中死刑决定的法理与意义。在这样一个相互矛盾的奇妙背景下,讨论死刑废除除了表达自己的高尚的道德情感与人权感觉外,并无多大意义。其对死刑废除目标的实现而言,无异于缘木求鱼。长期以来,理论界对死刑存在的社会意义定义为:人类社会在遭遇危机时,会选择一些手段,选出制造危机、对危机负责的人,除了极力抹黑这些人,宣告这些人为异端外,另外利用极端的手段将其生命奉献给虚无的第三人,以求其宽恕,并求得民众的认同和获得继续生存的意义和机会。古代主要是以象征性方式消除危机,即当集团面临危机之时,会选择神判等方式选出对该危机负责的人,说其是恶灵缠身,然后在他身上贴上羽毛,祈求神明原谅,然后再把他推入深谷,如果大难不死,则表明神明已经表示宽恕。当出现法律之后,则是用公平、正义和应报等理念、实体与程序等抽象的概念,来取代古代的神明审判。死刑制度延续至今,仍然是在应报的立场存在的,这并非正常现象。

面对死刑制度适用中的路径依赖带来的无效率,理论界必须以全新的教义学方案予以改变,张明楷教授曾特别指出:“法官的死刑适用(实务)与学者的死刑理论(学说)存在明显距离。”<sup>②</sup>事实的确如此,当今我国死刑司法实践必然是不同的死刑理论竞争,也是各种不同程度的死刑文明的集结,在死刑的理性尚未深植于人心之时,传统死刑制度的路径依赖特性,就足以成为一种超越死刑理性的存在,贾敬龙被判处与核准执行死刑,也就在所难免。死刑制度变革与死刑适用标准建构都必须体现国情民意,不考虑国情民意的死刑适用往往只具有纸面意义,不能成为行动中“活”的死刑实践。学者关于死刑废除之自我预言式的实现,尚需承担一定的说服义务,而不是武断地给出结论,否则难以打破死刑适用中的路径依赖现象,自然也难以成为一种真实的行动,毕竟,在全球范围内,尚有不少国家保留死刑,还有国家的死刑存在“死灰复燃”的问题。因此,死刑废除的发生者必须说服死刑废除信息的接收者支持他们的观点,而不是“自说自话”。

回答贾敬龙应当如何处理,我们必须另谋出路。这里面的要害问题是,如何才能确保死刑制度发展由野蛮走向文明。从死刑的立法控制转向立法控制与司法控制并重,是近年来死刑问题研究的新趋势。然而,我国当前故意杀人罪的死刑适用始终是不确定的,这不仅是因为死刑的适用标准本身所存在的疑义(高度抽象),更主要是因为由于缺乏对死刑之适用标准的合理教义分析,法学家的观点也在存与废、宽与严等之间“摇摆不定”。明确死刑之适用标准的教义学拓展,还需要有一个基础性追问,即回到死刑适用标准论战的文明冲突本身,去寻找刑法教义学的创新方案。死刑废除在司法层面的真正议题在于,在死刑适用标准模糊的情况下,到底应该如何选择死刑之适用标准的教义学方案,并建构相应的判断标准,引导死刑文化走向文明与新生。

### 三、死刑适用标准论证中的文明冲突与理论新生

死刑废除争议不是今天才有,而是一个延续了两百多年历史的旧话题。死刑废除问题不能纸上谈兵、空谈误国。当法学家以西方“没有死刑的社会”讨论中国死刑问题时,可能只是一种“自我预言式的实现”,自然会与“延续了几千年”的死刑文化之间发生冲突,从而带来死刑上的文明冲突。注意,这种冲突也成为理论新生的动力。

<sup>①</sup>张明楷:《也论刑法教义学的立场——与冯军教授商榷》,《中外法学》2014年第2期。

<sup>②</sup>张明楷:《死刑问题上学者与法官的距离》,《中外法学》2005年第5期。

### （一）文明冲突：死刑适用标准论证中的精英与大众

美国著名学者塞缪尔·亨廷顿(Samuel Huntington)主张的“文明冲突”论是对现实国际冲突的一种理论概括,其目的在于为美国发动伊拉克战争与重塑美国的霸权地位提供理论支撑,虽然文明冲突论被批判为掩饰资本主义的基本矛盾,有为美国称霸世界提供辩护之嫌,但这一理论从文化角度而不是意识形态或经济角度所提出的文明冲突确实存在的,也是一种有意义的存在。

从文化角度分析,“文明是一种文化实体,……由语言、历史、宗教、习俗和制度等客观因素以及人们主观上的自我认同这两个方面的因素共同界定”。<sup>①</sup> 废除死刑作为一种死刑文明,是对废除死刑的国家与地区之死刑制度的历史认同,而保留死刑作为一种死刑现实形态,则是民众最朴素之死刑观的体现。当法学家以“废除死刑”的死刑观作为刑法教义分析的价值前见时,就会坚持一种最严格的死刑适用标准,司法实践立足于“保留死刑、但限制死刑”的死刑观进行教义分析时,则会坚持一种相对松散的死刑适用标准,从而带来死刑文明冲突现象。当代死刑教义分析是一部中西文化接触、碰撞与冲突的产物。这种文明冲突是一种现实的客观存在。

其实,司法机关、法学家与一般民众之间在死刑观上也存在这种文明冲突,当法学家接受德日国家的死刑观,力主废除死刑或最严格限制死刑适用之时,司法机关却坚持一种保留且限制的死刑观,民众却坚持一种“杀人偿命”的死刑观,这就会形成司法场域、理论场域和公共舆论之间的角力。如果坚持司法独立,则会提出这样的命题:学者们一方面也呼吁独立审判;另一方面面对难以容忍的判决时,却又联合上书,通过人多势众、舆论压迫哪怕已经生效的判决。这里面,也许很难找出一个完全正确或者完全错了的一方,这是一种恶劣的互相伤害:你错了,我就错得有理;或者你错在先,我的后错就不是错。于是在热点案件的讨论中,学者会被法官扣上“板凳侠”“空手道”等恶称,法官则被学者俗称为“法盲”“法条主义者”等。这种争论并无助于问题的真正解决。

学者对死刑的观点是表达理想,却往往被视为干预司法。从司法层面来说,法律学者如此强力地干预具体案件的判决结果,也是司法独立的破坏。独立的司法离不开独立的法律人,法官自有法官的判断,学者可以评论乃至批评,但若试图一味要将自己的观点强加于法院或法官,不仅不符合法治精神,亦非学术自由应有之内涵。有人在人民网上发文指出,“如果公民包括专家、学者对个案裁判公开发表不同意见,则会造成不同程度的舆论影响,与私下讨论性质不同,应当三思而后行,公开发表意见时,应该全面了解、熟悉案情,保持客观、中立的立场。”<sup>②</sup>按照这种逻辑,学者干预具体案件判决结果,本质上与领导干预具体案件是一样的,是一种学术权力的滥用,还妄谈什么法治。

笔者认为,相对于法学家所谓的“干预”,民意对死刑适用的制约更为根本。“每当有人犯下一桩残忍的重罪,公众舆论里就会升起一种复仇的欲望、一种同类报复的意愿。”<sup>③</sup>当然,也可能相反,如贾敬龙案、张扣扣案。尽管死刑是一种悲观主义的、世纪末的制度,但对于当下中国来说,如果省略“死刑文化”,直接过渡到废除死刑是不可行的,因此,学界更多学者并不赞同在我国立即废除死刑,而是有计划、有步骤地逐步废除死刑。不同死刑文化以不同的象征,决定了它所统摄的刑罚目的、刑法图像、生命伦理等价值本相。基于死刑废除的理性,法学家往往以“战斗中的法律人”形象而存在和命名,这种化约论的“战斗的法律人”的形象,又因历史与现实中的贾敬龙核准死刑事件得以强化。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 亨廷顿、张铭、谢岳、周士琳:《文明的冲突? (一)》,《现代外国哲学社会科学文摘》1994年第8期。

<sup>②</sup> 赵力:《从贾敬龙案看不实网络舆论冲击司法权威》,2016年11月14日, <http://opinion.people.com.cn/n1/2016/1114/c1003-28859871.html>。

<sup>③</sup> 参见[法]罗贝尔·巴丹戴尔:《为废除死刑而战》,罗结珍、赵海峰译,北京:法律出版社,2003年。

<sup>④</sup> 田文林、林海虹:《伊斯兰与西方的冲突:一个自我实现的文化预言》,《世界经济与政治》2002年第1期。



死刑废除的理性与现实都程度不同地存在着一种互相妖魔化的不良倾向。这种对立不是说服式的认知模式,而是更加倾向于把观点的对立方看成是观点落后或干预司法,而很少对死刑扩大适用何以死灰复燃加以区分和辨别,很少对暴力犯罪背后的根源(包括司法救济不力等)进行理性的反思。其结果,往往是通过一种偏颇的死刑适用过滤机制,有选择地处理加工可以判处死刑的各种案件信息,以便把那些有助于验证可以判处死刑的信息保留下来。这种选择性的归因,也是偏颇的分析,增加了死刑教义学发展的难度,使“立法上保留、司法上最严格限制死刑”的政策往往被司法实践架空,加剧了刑法教义学危机而非为刑法教义学的新生提供机遇。<sup>①</sup>这种现象值得警惕,它一不小心就遮蔽了死刑制度文明的“眼睛”。

如果这种文明冲突不予以适度化解的话,“理论背离实践”“实践反对理论”的现象就难以消除,死刑废除(包括司法上的废除)可能就永远在路上。废除死刑的主张如何在死刑冲突的“竞技场”胜出,成为重建死刑制度的杰作,就是法学家努力的方向。法学家对死刑适用的教义分析往往是指向未来的,主要是站在社会发展的理想的高度展开教义学分析,即杀人偿命等中国传统的死刑观已不再是未来中国死刑制度变革的客体了,而是应该站在全球死刑文明的最前沿,看待中国死刑的废除问题,力主能够成为死刑制度变革的发动机和塑造者。可以说,今天法学家以如此强烈的主体意识,呼吁贾敬龙案应当慎用死刑,从某种意义上也是司法认同危机的直观体现。问题在于,法学家们自鸣得意之处,脚下的土地非常稀松。法学家的死刑观及其由此建构的教义学知识,旨在理清死刑发展的未来图景,即使站在“保留死刑”的立场上,也以最严格限制死刑的价值判断而展开教义分析。然而,司法实践是面向中国社会生活的,当中国目前的死刑文化还不是一种“杀人勿需偿命”的文明状态之时,司法实务必须要俯下身去,倾听死刑适用中那个最大公约数,有时也不得不面临“公众舆论杀人”的巨大压力,难以在“罪该万死”的舆论中保持理性。当然,从深远意义上来说,司法不愿意去承载更多的目标任务,这也是司法裁判“只见树木,不见森林”而备受争议的重要原因。

为何会形成文明冲突?一言以蔽之,法官是站在个案的妥当性立场理解死刑的适用标准,民众是站在案件处理与处理之间的协同性角度理解死刑的适用标准,两者都具有明显的路径依赖现象,而法学家则是站在社会发展的理想角度理解死刑的适用标准,是一种追求打破路径依赖的努力行动。理想的死刑观与现实的死刑观之间常常存在着复杂的互动,且二者与它们的实施方式一起,形塑了死刑制度变革的基本面貌,指引着死刑制度变革中的实践活动,也是死刑制度的稳定性和持存的根源。<sup>②</sup>死刑废除并不能成为一座没有历史的墓志铭,只要作为理想的死刑废除和作为现实的死刑保留之间存在偏差,上述分歧就不可避免。

## (二) 理论新生:刑法教义学目标的三个维度

刑法教义学是司法面向的,必然受制于刑事司法目标。司法直接的目标是实现个案正义,即把案件事实与法律规定无缝对接起来,强化法官、检察官等对法律的忠诚义务,重视“以事实为依据,以法律为准绳”的证明标准。协同的目标是实现案件处理之间的协调性,不能出现同案处理上的明显差异。远程的目标还包括理清社会发展的理想,把社会发展引向良善。<sup>③</sup>与之对应,刑法教义学的目标被区分为三个维度:追求个案的妥当性、案件与案件处理之间的协同性、理清社会发展的理想。

### 1. 刑法教义学目标 I:个案的妥当性解决

刑事司法的直接目标是追求个案的妥当性解决。刑法教义学之目的在于通过一种法律解释立

<sup>①</sup>田文林、林海虹:《伊斯兰与西方的冲突:一个自我实现的文化预言》。

<sup>②</sup>韦森:《再评诺斯的制度变迁理论》,《经济学》(季刊)2009年第2期。

<sup>③</sup>张伟仁:《天眼与天平:中西司法者的图像和标志解读》,《法学家》2012年第1期。

场、技术与方法的原理化建构,指导法官能够实现案件事实与法律规定之间的无缝对接,进而确保个案的妥当性解决。如何实现这一目标,首先需要强化规范意识,坚持“立法不是被嘲笑的对象”,立足于刑法规范含义及意义进行理论与实证分析,建构规范意义上入罪与出罪的标准和规则,以期法官在裁判中予以遵循。刑法教义学是规范的,不能脱离当下的法律规范而任意进行论证或建构。法教义学是为法适用提供某种法律规则,因而它是以法适用为中心而展开的。<sup>①</sup>同时,法教义学是以实证法,即以部门法的实在法规范为研究客体,以通过法律语句阐述法律意蕴为使命的一种法律技术方法。<sup>②</sup>德国学者在分析法教义学的功能时指出,当人们将这种法官依据法律作出判决的模式,限制在判断法律文本与法律文本直接能达到的语义学内容的关系时,明显地不能坚守这一模式。由于法律必然是一般地表达出来,因而连法律也不能自己解决待决的个案。尽管如此,如果应遵守法官受法律规则的约束,那也必须为法官提供法律以外的其他具体的法律规则。法律教义学的任务是准备这种法律规则。<sup>③</sup>

个案的妥当性解决服务于刑法的安全性。刑法的安全性强调“立法不是被嘲笑的对象”,并需要以体系化的教义学提供的法律思维与方式,确保法官在刑法适用中能够正确理解与适用刑法,这在国内外学界并无分歧。国外学者指出,刑法教义学就作为法律和司法实践的桥梁,服务于法院稳定地、逐渐修复地适用刑法,从而在很大程度上服务于法安全和公正。<sup>④</sup>这里的公正包含着个案妥当性的目标追求。有争议的是,个案的妥当性解决是否可以被纳入社科法学的判断?刑事和解是否可以免死的争议,可以论证个案的妥协性解决所面临的问题,笔者认为,追求个案的妥当性解决是一个综合的存在,在着力倡扬贯通刑法体系与刑事政策“李斯特鸿沟”的时代背景下,刑法教义学并不是单一的依据刑法进行体系建构,其他法律、刑事政策等都应当在刑法教义学中在场,是一个完整的、一体化的“操作系统”。

## 2. 刑法教义学目标 II:案件处理的协同性

案件处理的协同性是刑法平等原则的基本要求,刑法平等不仅意味着同等情况,同等处理,而且也意味着差异情况区别对待。现代司法方法要“同案同判、不同案不同判”,不能出现量刑比例失调现象。死刑是一个比定罪更为重要也更为谨慎的司法裁量,实现司法裁量之间的协同性,不仅有助于增进民众对司法的认同,也有助于避免死刑适用中的争议。我国刑法在实现案件与案件处理之间的协同性方面已经付出了不少努力,比如,对死刑核准权的收回,其原因在于,在死刑核准下放给省一级人民法院之时,会出现 32 个省份有 32 个死刑适用标准问题,这是死刑适用备受争议,也是最终促使死刑核准权回归最高人民法院的原因。今日进行的量刑规范化改革,以及最高人民法院以会议纪要方式确立的邻里纠纷、婚恋纠纷等导致的故意杀人不同于其他治安意义上的故意杀人,原则上不能够适用死刑立即执行死刑,除限制死刑适用的政策目标考量外,也有实现案件与案件处理之间协同性的考虑。

案件与案件处理之间的协同性是实现刑法正义的基本要求,而正义是一个比较概念,贾敬龙案死刑为何引发认同危机,主要就是一个案件处理的协同性问题。比较而言,指导性案例中的王志才故意杀人案与李飞故意杀人案,都是十分典型的婚恋纠纷或民间矛盾引起的杀人案件,同时作案手段极其残忍,李飞还是累犯,却因系婚恋纠纷或民间矛盾等被改判为死缓。对此,陈兴良教授指出,

<sup>①</sup>陈兴良:《刑法教义学方法论》,《法学研究》2005 年第 2 期。

<sup>②</sup>陈兴良:《刑法教义学方法论》。

<sup>③</sup>[德]乌尔弗里德·诺伊曼:《法律教义学在德国法文化中的意义》,郑永流译,郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(五),北京:中国政法大学出版社,2002 年,第 15 页。

<sup>④</sup>转引自冯军:《刑法教义学的规范化塑造》,《法学研究》2013 年第 1 期。

“在最高人民法院颁布的三批指导性案例中,王志才故意杀人案与李飞故意杀人案均涉及死刑适用问题,包括死刑适用条件与限制减刑等重要问题。以这两个刑事指导案例为视角,对死刑适用条件,即罪行极其严重的理解、死刑立即执行与死刑缓期执行的区分、限制减刑的适用以及最高人民法院在控制死刑中的作用等问题进行细致分析,为判例的指导释义。”<sup>①</sup>刑法教义学必然会拿贾敬龙案与上述两个案件进行比较。其实,不止是贾敬龙案,从复旦林森浩投毒案始,最高人民法院已经放弃之前在李飞案、王志才案所采取的最严格限制死刑的基本立场,而是重拾原有的对“非暴力犯罪”重用死刑的立场,司法裁决中这种“朝令夕改”“变幻莫测”的死刑适用,缺乏必要的内部协调性,自然容易引发刑法正义危机。

### 3. 刑法教义学目标 III:理清社会发展理想

尼葛洛庞帝曾指出:“预言未来的最好的办法就是把它创造出来。”这句名言倒过来说有时也是成立的,“创造未来的最好办法就是将它预言出来。”<sup>②</sup>理清死刑制度发展的未来,属于法学家的一种自我预言,也是一种理性人的思维,法学家必须为“废除死刑”这一自我预言的实现贡献自己的心智。

司法是服务于社会的,但又不是一个被动的回应,也包含着主动的引导,以把社会引向良善,而不是相反。或者说,保持法律人的理性,必须“向前看”而不能“向后看”。这种“向后看”意味着,法学家们在展开死刑适用标准的教义分析之时,还需要通过对死刑制度发展史的考察,理清中国死刑制度应该向何处去,并说服更多的受众接受法学家的死刑观,而不是相反,从而使法学家这种“废除死刑的未来不是梦”的自我预言,为一般民众和法律人所接受。唯有这样,法学家的死刑教义分析,才不会沦为是对司法实践的一首挽歌。

理清社会发展的目标是刑法之合目的性的体现。在立法上保留死刑的前提下,如何从司法上最严格限制死刑,就成了刑法教义学研究的重点,更多的学者是站在“司法上废除死刑”这一死刑发展理想高度论证的。如果把刑法适用看成是一种激励,则必须面向未来。在李昌奎案二审判决中,云南省高级人民法院以李昌奎系恋爱纠纷为由,对李昌奎改判为死缓。云南省高级人民法院田成有副院长接受媒体采访时,称“李昌奎案十年后肯定成为一个标杆”。<sup>③</sup>然而,这一目标并没有实现,云南省高院在再审中对李昌奎改判死刑立即执行。应该说,云南省高院的二审判决是实践司法之社会理想的勇敢尝试,只是迫于舆论压力而以失败告终。

对此,法律人大可不必为此而气馁,任何正义目标的实现都需要为此付出艰辛的努力,这种方向性的定位对刑法文明发展而言,也许弥足珍贵。孙万怀教授指出:“作为法律知识代表者的知识分子与具有朴素正义情感的民众应该是互助的,民众的支持是基础,而知识分子则提供了一个寻求法律正义的路径。”<sup>④</sup>理清死刑发展的理想就在于提供寻求法律正义的路径,死刑的未来命运是什么、谁才是推动死刑废除的最终力量、死刑废除会不会带来社会治安混乱等,这些包含死刑发展理想的问题,尽管会带来司法人员的误解,但却是法学家不可推卸的责任,也是刑法教义学的终极目标。历史地看,贝卡利亚以他的小册子《论犯罪与刑罚》提出废除死刑的目标时,他所处时代的法官们自然会把它当成一个梦想,但却在当今天梦想成真,因此也成就了一个伟大的刑法学界,这也是刑法教义学的任务,不可忽视。

区分刑法教义分析的三个层面,自然有司法上废除死刑之独特的“匠心”在其中。中国今天的死刑制度并不是欧洲死刑制度的一件旧外套,而是一件适合中国现实的新衣,我们必须追寻死刑废除

①陈兴良:《死刑适用的司法控制——以首批刑事指导案例为视角》,《法学》2013年第2期。

②吴伯凡:《预期力与“自我实现的预言”》,《21世纪商业评论》2008年第4期。

③《云南高院:男子杀2人获死缓案10年后将成标杆》,2011年7月14日, <https://news.ifeng.com/c/7fZzf5S9CFi>。

④孙万怀:《民众心态与死刑存由分析——以鲁迅思想为蓝本进行的考察》,《法学评论》2015年第4期。

的终结之道。法学家今天为司法上实际上废除死刑而呼吁,实际上体现了法学家的主体意识,体现了孤独的内心化的个体或社群,对庞大的、社会化的死刑适用体制形成强大反差。如果法学家在死刑问题上只是着眼于追求个案妥当性和案件处理的协同性,而不去关注理清社会发展的理想,其在面对强大的死刑路径依赖现象时,就像一个被孤独遗弃在旷野中的孩童,他知道可以有所作为,但最终却发现无能为力。

#### 四、司法上废除死刑的“自我预言的实现”及其教义学构造

从我国目前立法变化来看,近年来尽管废除了 22 个罪名的死刑,但仍旧保留 46 个罪名的死刑,仍然任重而道远,死刑完全废除已经演化成为精英死刑观与大众死刑观的“探戈”,并面临政治抉择的障碍,难以实现。还是对中国刑法教义学的未来,心存别样的学术期待吧:死刑废除必然首先是一个“自我预言式的实现”问题,刑法教义学也应立足于此,明确司法上废除死刑的教义学构造。

##### (一) 司法上废除死刑:刑法教义学上的“自我预言式实现”

如前所述,法学家对死刑之适用标准的教义学分析,不仅包含着个案的妥当性解决,实现案件与案件处理之间的协同性,而且更主要是要理清社会发展的理想,对死刑废除有一个自我预言式实现。这种教义分析尽管让司法机关难以接受,但绝对是有意义的。

法学家建构的刑法教义学知识体系,与司法实践中的刑法解释不同,前者必然包含着理清社会发展的理想的维度,正是从这个维度来说,刑法教义学与刑法解释学之间形成了不同。当 18 世纪贝卡利亚提出“死刑废除”的观点时,正是欧洲滥用死刑之时,这种观点显然“不合时宜”,但站在今天的立场来看,这种“自我预言式实现”已经成为现实。同时,这种自我预言式实现看似过于理想化,但却解释了死刑制度最基础的法理。欧洲议会人权理事长皮埃尔·亨利·英伯特(Pierre Henri Imbert)曾言:“报复是与吾人之本质及本能有关联的,但与法律并不具关联性。法律不能遵循与人性相同之规则。杀人可能系自然地发生在人类身上,但法律并非作来仿效或重制人性。法律系打造来矫正人性的。”<sup>①</sup>的确,若仅欲反映原始人性,则不须法律,仅须将人类重新放回洞穴里或者草原上,效法原始人互相残杀、适者生存的丛林法则,放任人类原始的动物本能即可。因为,法律的用处,即在于作为人类社会的普遍规范,使人类能透过法律而远离野蛮,并进入文明,而得以跟其他野生动物作一区别。因此,若法律仍保有野蛮的原始色彩,则人类亦将继续野蛮。死刑,即具有野蛮的原始色彩,其始于远古人类的报复思想,而终于现今人类的报复思想。两种报复思想内涵实系同一,皆系“以牙还牙”、“以眼还眼”而已;所不同者,部分现今人模拟远古人类更为伪善,而企图以已被统计资料所驳斥的死刑吓阻理论,来对报复思想加以完美包装而已。死刑制度使得我国刑法沦为野生动物生存竞争法。

从全球范围内来看,死刑废除有立法上废除与司法上废除之分。前者是从立法论上主张立即废除死刑或到一定时期内废除死刑,后者是从解释论上提高死刑适用的标准或严格死刑适用的程序,以带来司法上“死刑被悬置”的效果。我国死刑废除应当采取立法与司法并进的路径,正如赵秉志教授所指出:“死刑制度改革应当采取立法与司法并进的路径,并持续关注死刑之司法控制,配合修法时机集中关注与促进立法改革;对于死刑改革的步骤,我国应根据社会发展阶段并结合死刑罪名的不同情况,在本世纪上半叶分三个阶段逐步废止死刑;在制度与观念的关系上,应以适度超前的死刑

---

<sup>①</sup>原文:“Revenge is kindred with our nature and our instincts but not with the law. The law cannot obey the same rules as human nature. Murder may come naturally to mankind, but the law is not made to imitate or reproduce nature. The law is crafted to correct nature.” see T. Kleinsorge & B. Zatlökal (eds.), *The Death Penalty: Abolition in Europe*, Strasbourg: Council of Europe, 1999, p. 78.

制度改革引导民众死刑观念的转变。”<sup>①</sup>立法上废除死刑并不是普适性的制度选择,从立法上废除死刑在全球范围内往往难以实现,以美国为例,有学者明确指出:“在以欧洲国家为代表引领死刑废除潮流的当代,一向以大国自居的美国却没有急于加入死刑废除的阵营,在死刑的存废上避免了盲从和坚持了自主。美国联邦最高法院基于其宪法解释权对死刑制度作出的合宪性解释,正引领着美国的死刑制度走入新死刑保留主义时代,即通过对死刑立法的不断修正实现死刑的有限保留。”<sup>②</sup>美国立法上死刑废除的反复并非个案,保留死刑或重用死刑的国家也并非少数。

当立法上废除死刑还是一个未来的梦想之时,如何从司法上“废除死刑”成为学界的基本主张,张明楷教授接续这样的前提,特别指出:“刑法学者就削减死刑达成共识后,应当以削减死刑的理念指导刑法解释,抓住所有机会与空间,尽一切可能得出削减死刑的解释结论;应当向老百姓宣传死刑的弊害,使老百姓不继续处于死刑的迷信与狂热之中;应当向决策者证实死刑的弊害,并提出相应替代措施,使决策者不继续相信死刑是维护治安的有效手段。”<sup>③</sup>这虽是法学家自我预言式的实现,但却不失意义。

## (二) 实现司法上废除死刑目标的教义学构造

法学家们对死刑问题的讨论都是在一种自我预言实现假定的“理想形态”的前提下展开的,由于彼此假定废除的方案存在差异,故讨论难以达成共识。故对死刑适用标准的讨论,首先应当从对其教义学构造的共识分析开始。

### 1. 不迷信死刑:以死刑废除的社会理想改变大众死刑观

法学家的死刑观是一种典型的精英死刑观,它可以“精致到头发”,也是一种理性人思维;而大众死刑观是一种非理性的、非法律人的思维。当法学家的精英死刑观遭遇民众的大众死刑观时,实现司法上废除死刑的目标往往就成为了神话,难以成为一种实际行动。就此而言,法学家必须说服民众改变以往对死刑的迷信。

从理论上说,尽管制度变革对死刑废除是一次性的、强制性的,但是死刑观念的改变却是根本性的。赵秉志教授指出:“死刑的观念变革则主要表现为决策领导者认识的提升与民众死刑意识的改变。”<sup>④</sup>邱兴隆教授指出:“只有首先树立了生命应该得到普遍而绝对的尊重的理念,死刑的废止才有可能提上议事日程。”<sup>⑤</sup>这种改变需要政治家、司法实践的积极引导,对此,梁根林教授指出:“政治领袖要尊重与反映民意,更应当善解与引导民意,运用政治智慧,作出科学的死刑决策,使死刑政策、死刑制度与死刑的适用成为一种理性的实践和实践的理性。”<sup>⑥</sup>政治抉择往往会借助民众非理性的死刑意识而获得正当性,而司法实践的任务在于引导民众的公共舆论,使民众确立一种尊重生命的死刑观。

一直以来,理论界把引导民意或政治抉择作为死刑制度变革的关键,周详教授指出:“法学学者应当重视大众媒介与死刑观之间的关系,通过各种媒介制造、复制、传播、强化‘反思死刑’的文化信息,积极参与大众媒介对中国死刑观的塑造、引导。”<sup>⑦</sup>其实,说服民众不迷信死刑只是问题的一端,尽管有不少民众赞成死刑,但与法官、检察官比较而言,所起的作用还是弱小的,这才是问题的症结所在。首先,从比例上,可能有七成民众赞成死刑,但就法官来说,这个比例可能达到八九成。如果法

①赵秉志:《再论我国死刑改革的争议问题》,《法学》2014年第5期。

②于志刚、曹晶:《美国的死刑保留政策与新死刑保留主义——当前死刑存废之争的域外答案》,《政法论坛》2013年第1期。

③张明楷:《刑法学者如何为削减死刑作贡献》,《当代法学》2005年第1期。

④赵秉志:《我国现阶段死刑制度改革的难点及对策——从刑事实体法视角的考察》,《中国法学》2007年第2期。

⑤邱兴隆:《从信仰到人权——死刑废止论的起源》,《法学评论》2002年第5期。

⑥梁根林:《公众认同、政治抉择与死刑控制》,《法学研究》2004年第4期。

⑦周详:《媒介对大众死刑观的塑造——中国废除死刑的路径分析》,《法学》2014年第2期。

官坚持赞成死刑不动摇,则只有借助立法者废除死刑,这在当下中国是难以实现的。其次,法官作为具有专业法律知识的法律人,掌握着死刑之适用的基本标准,如果法官群体“杀声震天”,或者打着“正义”的旗号,或者为了应报而狂热的法官比比皆是,则死刑废除虽被如火如荼地讨论,但效果并不理想。就此而言,说服法官不迷信死刑才是根本。

## 2. 不重用死刑:以死刑适用的协同性追求改变政治抉择上重用死刑的神话

转借陈泽宪教授十几年前的追问,“我国每年到底有多少死刑案件?这是一个长期以来令外交官员尴尬、令学者困惑、令外界愕然的问题。”<sup>①</sup>这一现状至今没有改变。尽管死刑案件信息不公开与死刑是否废除之间没有必然关联,但也从某种意义上说明,死刑废除立法上仍是一个“大写神话”。而造成这一问题的原因在于,在政治抉择上重用死刑,尤其是在恐怖犯罪、毒品犯罪、黑社会犯罪等犯罪率居高不下的时代背景下,死刑短时间内绝不可能废除。

在未来,我们需要一个没有死刑的世界。西方死刑观(主要是废除死刑观)已经深植于政治家的精英意识之中,近30年的死刑问题研究就是一个吐故纳新的过程。西方死刑制度的新变化,尤其是欧洲国家废除死刑的制度实践,日本、台湾地区等司法上实际废除死刑的具体实践,已经深植于政治家的观念之中,形成一种精英死刑观。

尽管死刑的最终废止是历史的大趋势,是人类文明发展的必结果,<sup>②</sup>但从立法上彻底废除死刑仍是一个“美丽的梦”,有一个长期的发展过程。陈兴良教授指出:“从其实际性来看,它又是一个漫长而曲折的过程,不能一蹴而就。”<sup>③</sup>立基于此,赵秉志教授提出了关于逐步废止非暴力犯罪死刑、逐步废止非致命性普通暴力犯罪死刑和废除致命性暴力犯罪与战时暴力犯罪死刑之具体路线图。<sup>④</sup>此外,还提出了“我国应以无期徒刑作为死刑的立法替代措施”“适当时机废止贪污罪受贿罪的死刑”等具体主张。<sup>⑤</sup>学者们为何对立法上彻底死刑并不持乐观态度,其原因主要在于:重用死刑的观念在政治决策层面还扎有深根,短期内难以根本性改变。

有学者悲观地指出:“从历史上看,法律的权威不是建立在人们对它的理性研究的态度之上的,而是借助于政治上的强者。”<sup>⑥</sup>要知道,死刑废除并没有固定的理由,有时完全是政治抉择的产物,比如1997年新刑法制定之时,法工委的领导同志就主张废除经济犯罪的死刑,理由是规定死刑,反而对经济犯罪的行为人无法执行死刑,因为对经济犯罪规定死刑,会使一些罪该判处死刑的严重经济犯罪分子逃脱惩罚,这些人可能乘机逃到国外。基于国际法上死刑犯不引渡原则,除非我们承诺不判处死刑,否则,外国就不会引渡过来;如承诺不判处死刑,又与我国刑法规定不相符合。<sup>⑦</sup>很显然,这种意义上的死刑废除并不是一个罪行极其严重的问题,而是一种政治抉择的考量。

如何让司法上废除死刑不成为谎言,需要法学家实现死刑废除从纯粹理性到实践理性的转变、再由实践理性到教义学体系的转变。政治家并不会自愿废除死刑,死刑废除的理想并不是自动生成的,但会在废除死刑中寻求政治的合法性,这就需要法学家承担死刑不正义、侵犯人性尊严等的论证责任,形成一种废除死刑的学术共同体,改变“废除死刑不是很有底气”或“英雄无用武之地”的现状。道理并不复杂,只有当死刑废除进入法学家的视野,经过法学家的教义学体系建构,将死刑废除变为政治家的政治抉择时,死刑废除才有可能成为现实,通过司法上废除死刑才是可行的。

①陈泽宪:《论严格限制死刑适用》,《法学》2003年第4期。

②贾宇:《死刑的理性思考与现实选择》,《法学研究》1997年第2期;贾宇:《中国死刑必将走向废止》,《法学》2003年第4期。

③陈兴良:《死刑存废之应然与实然》,《法学》2003年第4期。

④赵秉志:《中国逐步废止死刑论纲》,《法学》2005年第1期。

⑤赵秉志:《当代中国死刑改革争议问题论要》,《法律科学》2014年第1期。

⑥焦宝乾:《法教义学的观念及其演变》,《法商研究》2006年第4期。

⑦马克昌:《有效限制死刑的适用刍议》,《法学家》2003年第1期。

### 3. 不适用死刑:强调并发展最严格限制死刑适用的教义学标准

尽管法学家以废除死刑的理想而建构死刑适用标准的教义学体系,其实背后乃是受制于民众的死刑观,并不必然会成为影响法官判断的教义学标准,需要承担说服法官坚持一种“最严格”的死刑适用标准的“义务”,而不只是一种学术讨论的旨趣。

作为前提,法学家应建构最严格限制死刑适用的教义学标准。死刑的适用标准是一个教义学的范畴,不同立场与价值诉求又会带来不同教义学方案。为避免“一旦有被害人死亡,就需要有人‘偿命’的习惯性误区”,周光权教授主张从“实行行为的判断与死刑限制”“共同导致伤亡结果与死刑适用”“因果关系的判断与死刑限制”三个方面,讨论从司法上具体地、渐进地限制死刑。<sup>①</sup> 劳东燕教授指出:“对《刑法》第48条第1款应采取以适用死缓为通例、以适用死刑立即执行为例外的解读方式。”<sup>②</sup>很显然,这是学者站在“最严格限制死刑”的立场,对死刑之适用标准进行的教义分析,而这种教义分析虽立足于规范,却又游离于规范,成为一种政策立场在规范层面的建构,这是刑法教义分析经常出现的现象。

这种建构具有策略意义,法学家需要重视理论成果的实践转化,而不是停留在书斋中的自我陶醉或研讨交流上的观点交锋。以死刑复核为例,除死刑证据规则、审理程序外,最高院在死刑复核中以何种教义进行死刑复核,是从程序层面建构刑法教义学的关键,也是实现案件处理之间协同性、理清死刑发展的理想的保障。龙宗智教授十年前提出,收回死刑复核权意义重大,但可能存在政治风险、职能难题、整体性问题和程序性障碍。为此,需要强调观念的转变、审判独立性的保障以及死刑替代措施的跟进,也必须完善死刑复核程序,包括准确界定最高法院复核责任,确定适当的复核审理方式,限定复核时间,允许辩护律师与检察官参加复核程序等。<sup>③</sup> 也有学者提出对死刑复核程序进行三审终审制改造。<sup>④</sup> 就此而言,死刑复核不仅涉及诉讼化改造,如强化律师参与、提高提审率、强化死刑复核的检察监督,而且涉及死刑复核的责任等,这些配套制度的短缺都需要通过明确死刑复核的教义学标准来弥补。

然而,十年后这些主张并没有实现,留下未完成的遗憾。如何弥补这种缺憾,则必须借助于教义学的努力来实现。具体来说,最高人民法院在行使死刑复核权时,应当具有死刑废除的理想,把“立法上保留,司法上最严格限制”的死刑政策,落实在死刑适用的实体标准建构,即通过对《刑法》第48条死刑适用条件的教义学建构,从宽把握死缓适用的条件,从严把握死刑立即执行适用的条件,确实把罪大恶极、非杀不可的情况甄别出来,同时也把是否具有可宽恕的理由,作为死缓适用的依据,把表面上符合死刑适用条件,但实质上具有可宽恕的理由的情况排除在外,更多考虑死缓或死缓限制减刑。

本文并不迷信式地向往没有死刑的世界,只是需要明确当下死刑废除的言说何以可能。肩扛死刑废除的理想,手执死刑废除的教义,理性的死刑制度变革不仅要理论上能够给出一致的、合乎逻辑的解释,能够从制度上成为一种政治抉择,而且它能够成为司法的基本理性,能够在民众支持下成为自觉行动。制度与理念的结合,相比于其他论证,将会使我们从司法维度讲出一个更好的死刑废除的故事。

## 五、简单的结论

死刑制度变革源于文明的死刑观及由此结合规范展开的刑法教义分析,尽管今天法学家对贾敬龙案、林森浩案、药家鑫案等展开的教义分析没有被司法实践所采纳,但并不需要为此而悲观,这种

<sup>①</sup>周光权:《死刑的司法限制——以伤亡结果的判断为切入点》,《北大法律评论》2005年第2辑。

<sup>②</sup>劳东燕:《死刑适用标准的体系化构造》,《法学研究》2015年第1期。

<sup>③</sup>龙宗智:《收回死刑复核权面临的难题及其破解》,《中国法学》2006年第1期。

<sup>④</sup>陈卫东:《关于完善死刑复核程序的几点意见》,《环球法律评论》2006年第5期。

“在场”的不在场,必然会有助于法官在未来处理死刑案件时,流露出一种“小心求证”的谨慎。就此而言,本文有关“死刑废除之教义学标准”的自我实现式言说,旨在实现如下三个方面的改变:其一,司法实务应当放弃一种僵化的、一元的、传统的死刑观,杀人偿命只是简化了死刑的意义,现代司法应该剥离死刑预防论之虚假的面纱,建构一种“挑战与回应”的死刑司法适用模式。其二,在我国《刑法》第48条的规定之下,罪行极其严重或罪不该处死并不是一个模棱两可意义的规定,而是包含着最严格限制死刑适用的立场。只是以往的司法实践往往处于维稳等需要而降低了死刑适用的门槛,今后则需要重拾最严格限制死刑的基本立场,淡化死刑的司法适用,包括死缓制度。其三,刑法教义学不仅要立足于个案的妥当性解决,以基本教义确保死刑案件处理之间的协同性(包括暴力犯罪与非暴力犯罪死刑适用之间的协同性),而且要理清中国死刑制度发展的理想,拓展我国死刑废除的教义空间,引导死刑制度向“废除死刑”这一自我预言方向实现。毕竟,“今日长缨在手,何时缚住苍龙”,刑法教义学同样需要进行整合,以免刑法教义学仍是一盘散乱的鹅卵石。期待学界能够容许营造一种理性讨论死刑的氛围,也期待在不久的将来,死刑成为象征性立法,或者在更远的将来,“杀人者死”“杀人偿命”成为必须翻阅辞典才能了解其当初意义的古老名词。

(责任编辑:陈 雪)

## How Is It Possible to Abolish Death Penalty in Terms of the Doctrine of Criminal Law?

JIANG Tao

**Abstract:** The application standard of death penalty is a hot area of concern in the doctrine of criminal law. When jurists construct the application standard of the death penalty with a rational view and see the current judicial practice in China from this perspective, there will inevitably be a conflict between the rational view and the realistic view of death penalty. The rational view of death penalty takes judicial abolition of the death penalty as its basic goal, and advocates not to kill in the situation where the convicted criminal can be exempted from the death penalty. The realistic view may be constrained by such factors as political choice, social effects, and public opinion, and in the case where the death penalty is applied with great caution and under strict condition when whether to kill or not to kill the criminal is under controversy. The goal of the doctrine of criminal law is not only to pursue a fair judgment of individual cases and ensure the coordination between the handling of similar cases, but also to clarify the ideal of social development. In order to lead China to apply the death penalty more rationally, jurists must base themselves on the so-called “self-fulfilling prophecy”, construct the ideal of “judicial abolition of the death penalty” from the perspective of the doctrine of criminal law, and manage to convince the public and the policy makers.

**Keywords:** death penalty; applicable standard; social science jurisprudence; doctrine of criminal law; self-fulfilling prophecy

**About the author:** JIANG Tao, PhD in Law and Young Changjiang Scholar, is Professor and PhD Supervisor at School of Law, Nanjing Normal University(Nanjing 210023).