

死刑、宪法与国家学说

——论死刑废除的理论路径选择

时延安

内容提要:目前国内学界有关废除死刑的主要论述可以归纳为“文明抵触说”、“人权抵触说”和“宪法抵触说”。这些学说对废除死刑提出了有益的论证,但却难以形成有说服力的主张。从我国的国家性质、社会制度及国家职能出发,应当认为,死刑是不符合我国宪法以及主流政治学说所确定的国家性质和职能理论的。从现时社会发展水平看,死刑的存在不符合我国国家和社会建设的基本要求。有关死刑废除的“国家性质及职能抵触说”的提出,符合社会主义国家实现“每个人的自由发展”的基本理念,也有利于明确人民民主专政社会主义国家中公民与国家的关系。

关键词:死刑 人权 国家性质及职能抵触说 民意 宪法抵触说

时延安,中国人民大学刑事法律科学研究中心特聘研究员,中国人民大学法学院教授。

一 引言

死刑存废成为中国刑事法学界讨论的热点话题,不过短短十几年时间。最近两个刑法修正案对死刑规定的修改中废除了22个犯罪的死刑,也引发了社会舆论的关注。尤其是在《刑法修正案(九)》的立法过程中,对于是否废除走私核材料罪、强迫卖淫罪、战时造谣惑众罪的死刑形成较大争论。^[1]对于刑事法学界废除死刑论者而言,目前的刑法立法成果,让他们看到了一线曙光,并开始为中国最终废除死刑进行理论准备。最近几年,宪法学者也开始关注这个话题,并尝试运用宪法知识为限制和废除死刑寻找突破口。不过,有关废除死刑的讨论目前只局限于学术层面,还没有进入更为广泛的公共讨论空间,在知

[1] 参见陈丽平:《走私核材料罪等不应取消死刑》,《法制日报》2014年12月17日第3版。

识界内部也没有形成讨论的氛围。换言之,目前在其他知识领域中,充其量只有关于死刑问题的情绪化表达,尚没有运用本学科知识对这一重大问题进行理论上的梳理和剖析。

在死刑废除论者看来,目前阻碍废除死刑的因素主要有三个:主流民意、现时国情和传统文化。这三个因素,既是大多数死刑保留论者的基本理由,也是死刑渐进废除论者主张“渐进”的现实根据。从刑罚目的视角分析,死刑保留论的立场主要基于报应,其正当性论证可以从“正义”中寻求支持。死刑废除论者的理由更多是从死刑的正当性角度进行的分析,而且往往会超越刑罚理论本身去探讨问题。不过,双方在某些方面也存在着共识,就是死刑并没有一般威慑效果,死刑实际适用规模对于维护社会治安和国家安全也没有正向的促进作用。实际上,死刑保留论者和死刑渐进废除论者都看到,死刑有一个“不足为外人道”的功能,就是个案的适用有利于促进社会团结,凝聚公众以朴素正义追求为基础的社会共识。在舆论滔滔的情形下,不适用死刑是违背公议的,而适用死刑会得到广泛的支持,有利于促进执政者的权威。从这个角度看,民意、国情和文化上的考量,实际上都是为死刑这种功能寻找理论根据和现实依据而已。可以说,在这一点上,死刑保留论者与死刑渐进废除论者都具有明显的功利主义色彩。^[2]

废除死刑论者所持论据很多。目前,我国学者以及国外的“劝进者”主要给出三条理论路径:一是将废除死刑视为全球潮流,并将此作为“文明国家”的一个指标来看待,可概括为“文明抵触”路径;二是认为死刑是违背人权的,并以一些国际规范性文件作为理论支持,可概括为“人权抵触”路径;三是从宪法出发认为死刑是违反宪法规范的,可概括为“宪法抵触”路径。这三条理论路径,都是试图从规范的视角论证死刑的不正当性。此外,针对民意问题,有的研究也是想证明民意表达的不确切性、观察和收集民意的随机性、民意随着时代和社会发展的变异性,甚至将民意与刑罚民粹主义混同起来,进而消减民意对死刑废除的阻碍作用。然而,值得注意的是,民意对于死刑正当性证成方面并没有决定意义,看起来对民意的尊重是一种民主的表现,然而尊重民意表达与民意的可接受性不能简单等同。如果民意是无数个体无权做出决定的意思表示,那么,这种民意不应作为政策选择的根据,更不能作为立法的基础,“多数人的暴政”之所以形成,就是将两者混同、不加区分所致。

死刑应否被废止,与死刑的正当性判断有关。目前的三条理论路径所指,都意图论证死刑的不正当性,其中“宪法抵触说”试图回归到实定法角度进行论证,不过,在宪法文本无法提供相关法律资源的情况下,则还是要寻求宪法精神和理念的支持,在这种情况下,其论证的场域实际上是在超宪法文本层面讨论问题的。本文认为,这三条理论路径并不能充分地论证死刑的非正当性,在我国提倡废除死刑,应从主流的国家学说入手,论证死刑的存在是不符合我们对社会主义国家的基本认识的。这并非一般性地回答“国家杀人的权力从何而来”,而是要论证死刑的存在不符合我们建设社会主义国家的初衷和理念。

[2] 边沁的评论可以为此提供注脚。他说:“当民众对法律满意时,他们自觉地协助法律的实施,而当他们不满意时,他们自然会不予协助;倘若他们不积极阻碍法律的实施,那就算好的了。”[美]边沁著:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第244页。

本文的基本论述思路是,在对现有的三种理论路径进行介绍和分析之后,运用我国国家学说的基本理论分析死刑问题,并论证死刑不符合我国当前有关国家性质和职能的基本理念。

二 世界潮流与文明差异:死刑文明抵触论的症结

死刑文明抵触论者,是以死刑废除的全球趋势作为论证主要根据的,也就是认为死刑废除乃多数国家的选择,言下之意,即认为死刑废除是“文明国家”的理性选择。^[3] 这种观念也被称为“文化适应说”,其逻辑就是:在倡导限制并废除死刑的国际社会大环境之下,一个国家适用死刑的法律、政策与实践是判断这个国家是否属于国际社会中的“文明国家”的重要标尺之一。倘若某个国家不能达到这一“最低的标准”,那么该国能否成为国际社会中值得尊重的一分子就值得商榷了。^[4] 根据大赦国际的统计,截至 2015 年,全面废除死刑的国家有 102 个,废除普通犯罪死刑的国家有 6 个,实践中废除死刑的国家有 32 个,三类总计 140 个。保留死刑的国家有 58 个。^[5] 而在五十年前(即 1965 年),仅有 25 个国家废除死刑,其中 11 个国家彻底废除了死刑,另外 14 个国家废除了和平时期的普通犯罪死刑。^[6] 从半个世纪前后的数字比较分析,死刑废除国家的数量确实由少数变为绝大多数,俨然形成一股潮流。^[7] 不过,也有学者认为,这种数量统计是不科学的,“废除死刑是一种世界潮流和趋势”是臆想性认识,并指出“1 亿人口”以上的国家基本上均未废除死刑。^[8]

仅从数字看,很难否认废除死刑是一股世界潮流,这股潮流对处于东亚地区的韩国、蒙古等国家也产生了一定影响。不过,从死刑存废的世界版图看,废除死刑的国家主要是欧洲及其前殖民地国家。众所周知,一些国家废除死刑是受到了西欧国家的压力。^[9] 保

[3] 例如,陈兴良教授即认为,社会文明发展到今天,人道主义已经不允许通过残酷的刑罚去追求刑罚的威慑效果,否则就是不正当的。正是在这样一个社会历史背景下,死刑从过去的天然正当演变为如今因其野蛮残酷而即将退出历史舞台。参见陈兴良:《死刑存废之应然与实然》,《法学》2003 年第 4 期,第 41 页。该文将人道主义作为废除死刑的理论根据,不过,在论述中显然是将已经废除死刑的国家作为参照物的。

[4] 参见赵秉志、苗苗:《论国际人权法规范对当代中国死刑改革的促进作用》,《吉林大学学报(社会科学版)》2013 年第 4 期,第 9 页。

[5] 参见 Amnesty International Global Report, *Death Sentences and Executions* (2015), <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/04/death-sentences-executions-2015/>, 最近访问时间[2016-08-23]。

[6] 参见诺威尔·莫里斯教授向联合国所作的报告,转引自[英]罗吉尔·胡德著:《死刑的全球考察》,刘仁文、周振杰译,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 3-4 页。根据该报告,当时澳大利亚的昆士兰州、美国的 9 个州和墨西哥的 29 个州全面废除了死刑。

[7] 参见孙世彦:《从联合国报告和决议看废除死刑的国际现状和趋势》,《环球法律评论》2015 年第 5 期。

[8] 参见于志刚:《关于废止死刑国家的数量统计结论之反思》,《法学》2009 年第 1 期,第 94 页。目前人口在一亿以上的国家中,全面废除死刑的只有墨西哥。俄罗斯自 1996 年开始不执行死刑,仅在 1996-1999 年车臣共和国执行了死刑。巴西废除了普通犯罪的死刑。其他人口在一亿以上的国家都保留了死刑,除了美国 and 尼日利亚以外,均为亚洲国家。

[9] 例如,1994 年欧洲理事会建议再就《欧洲人权公约》制定一个议定书,彻底废除死刑,不允许在任何特殊情况下保留死刑,也不允许对此议定书提出保留。到 2002 年 4 月,总共有 16 个东欧国家废除了死刑,俄罗斯为加入欧盟也暂停死刑适用。

留死刑的 58 个国家主要分布在亚洲、非洲、大洋洲北部、中美洲,欧洲只剩下了白俄罗斯。在这些亚非国家中,又以受中华文明影响的东亚国家、伊斯兰国家以及受佛教、印度教影响的国家为主。比较而言,废除死刑国家的主流宗教信仰是天主教、基督教和东正教,而这三支宗教又拥有共同的渊源。伊斯兰国家主张保留死刑,是基于伊斯兰教的基本教义。^[10]《可兰经》第 5 章第 33 段提出:“敌对真主和使者,而且扰乱地方的人,他们的报酬,只是处以死刑,或钉死在十字架上,或把手脚交互着割去,或驱逐出境。这是他们在今世所受的凌辱;他们在后世,将受重大的刑罚。”在天主教、基督教和东正教那里,对死刑是否符合教义却存在较大争议,主张废除死刑的人从《旧约》中耶稣所主张的宽容找到答案。进入 20 世纪后,这些宗教组织的领袖都提出了废除死刑的主张。^[11]

受中华文明影响的东亚国家和地区尚无全面废除死刑的例子。^[12] 这些国家在历史不同时期受到道教、佛教乃至伊斯兰教的影响,但政权统治总体上保持政教分离。在历史上,这些国家在治国理念上主要受儒家思想影响,而儒家从未提出过废除死刑的理念,这主要出于报应的观念。例如,对于“以德报怨”的看法,孔子就说过:“何以报德?以直报怨,以德报德。”^[13] 值得一提的是,儒家也提出过慎用死刑的理念,例如孟子即提出“左右皆曰可杀,勿听;国人皆曰可杀,然后察之;见可杀焉,然后杀之”^[14] 的观点。从某种意义上说,儒家观念始终试图在现实与人文之间建立某种平衡,在死刑问题上能够明显地看出这一点。受中华文明影响的东亚国家,虽然在西方文明的冲击下纷纷放弃了传统治国学说,但在死刑存废上却保持着高度一致性,即便像新加坡这种属于普通法系传统的国家,至今也保留了死刑。^[15] 这一现象值得关注和研究。

从以上分析看出,废除死刑国家的文明类型,是受基督教、天主教和东正教影响的国家,是所谓西方文明发源及所实质影响的地区。受伊斯兰文明、中华文明和印度文明^[16] 影响的国家,基本上都保留了死刑。将文明差异作为一种分析工具,所谓死刑废除的“世界潮流”,在西方文明发源及实质影响的国家和地区,确实是大势所趋,^[17] 而在其他文明类型中,死刑废除并没有形成真正的潮流。对于中东和北非地区的死刑保留现状,英国著名犯罪学者罗杰尔·胡德(Roger Hood)说到:“让人震惊的是这些国家竟然没有公开反对

[10] 受伊斯兰教影响的国家,只有阿尔巴尼亚废除了死刑。

[11] 参见维基百科:“死刑”,https://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment#cite_note-popejohn-178,最近访问时间[2016-08-22]。有关死刑与宗教的关系,参见 Mario Maraziti, World Religions and the Death Penalty, in The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (eds.), *Moving Away From The Death Penalty: Arguments, Trends and Perspectives*, United Nations Publications, 2014, p. 170。

[12] 我国香港地区和澳门地区分别于 1993 年和 1995 年废除死刑,均是在未回归前废除,而根据两个特别行政区基本法规定,《中华人民共和国刑法》不在两地实施。

[13] 《论语·宪问》。

[14] 《孟子·梁惠王下》。

[15] 新加坡曾事实上废除死刑,后又恢复。巴基斯坦也是如此。

[16] 印度《摩奴法典》主张,对谋杀犯适用死刑,是为了来生不会因其所犯下的巨大罪恶而受苦。参见赵秉志、王水明:《当代国际死刑废止趋势及其影响因素研究》,载赵秉志主编:《刑事法治发展研究报告》(2011-2012 年卷),中国人民公安大学出版社 2013 年版,第 179-197 页。

[17] 从这个角度看,在死刑问题上,美国是西方国家中的“异类”,被称为“国际人权方面的丑闻”。参见[美]David Garland:《死刑与美国文化》,江溯译,《中外法学》2005 年第 6 期,第 707 页。该文对美国保留死刑进行了颇为深刻的分析。

死刑的声音:一点也没有废除死刑运动的迹象。”^[18] 在受中华文明和印度文明影响的国家,即便其中很多政治制度向西方国家靠拢,但在死刑这一问题上却保持强大的韧性。如果说,对待死刑问题的看法与固有文化有着紧密联系的话,从保留死刑这一问题上,不能不说,这些国家有着对固有文化的坚持。即便像韩国这样法律上保留死刑,事实上废除死刑的国家,也认为死刑的保留符合社会民众的道德情感。^[19] 韩国学者赵炳宣认为,民意对议会废除死刑起到强大的牵制作用,“在韩国,民意一直比较稳定,可能反映着根深蒂固的儒家复仇观念”。^[20]

总之,简单从数字统计表述死刑废除的世界潮流,并将之作为制度文明与否的标志,显然抹杀了文明差异对制度选择的影响。因此,在尊重当今世界各种文明类型差异的前提下,合理、审慎地看待死刑废除问题,是应有的研究态度。倘若将死刑废除与否和制度文明与否挂钩,实际上已经陷入了某种意义上的“文明异己论”,如此不但看低了固有的文明归属,也会对其他文明类型产生模糊乃至错误的认识。

三 人权的普适性与人权的多样性:死刑人权抵触论省思

人权的普适性,这里指人权的概念、内涵以及标准在世界范围内的统一性、绝对性。人权的多样性,这里指对人权概念、内涵以及标准,因为不同社会历史、文化等存在差异而表现出多样的特点,就某一特定国家和地区而言,其主流人权学说和法律实践在人权类型与标准上会有特殊性。^[21] 显然,在认可人权这一基本价值的前提下,人权的普适性与人权的多样性会存在冲突,这种冲突主要表现在,当给人权类型、标准以及法律保护的具体内容确定“国际准则”的时候,特定国家和地区会对这些准则提出保留乃至反对。由于人权的“国际准则”乃至学说带有强烈的规范性,当特定国家和地区存在不同理解时,就会遭到持人权普遍性观念人士的谴责。在死刑问题上,即存在这样的冲突。

在废除死刑方面,联合国以及职能部门做出了不懈努力,而废除死刑的主要理由就是保护人权和人的尊严。联合国大会 1989 年 12 月 15 日通过的《旨在废除死刑的公民权利和政治权利国际盟约第二项任择议定书》(第 44/128 号决议)(以下简称“任择议定书”)序言即提出,“废除死刑有助于提高人的尊严和促使人权的持续发展”,其第 1 条要求缔

[18] 参见[英]罗吉尔·胡德著:《死刑的全球考察》,刘仁文、周振杰译,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 62 页。

[19] 事实上废除死刑的国家,应视为保留死刑的国家,在特殊情形出现时,都有恢复死刑适用的可能。例如,巴基斯坦、土耳其。

[20] 参见[韩]赵炳宣:《实质性废除死刑困于希望与绝望之间——韩国死刑分析》,付强译,赵秉志点评,《法学杂志》2011 年第 5 期。2015 年 12 月在中国人民大学召开的“中韩死刑学术研讨会”上,韩国学者也提到,在韩国学术界主张废除死刑的观点为少数说。

[21] 例如,温家宝同志 2011 年 6 月 27 日在英国皇家学会的演讲中即提出:“在人类历史上,在反对封建斗争中形成的民主、法治、自由、平等、人权等观念,是人类精神的一次大解放。只是不同社会、不同国家,实现的途径和形式有所不同。”参见人民网:《温家宝在英国皇家学会的演讲(全文)》, <http://politics.people.com.cn/GB/1024/15012076.html>,最近访问时间[2016-09-01]。

约国废除死刑。进入 21 世纪,联合国在第五届大会上通过《暂停使用死刑》的大会决议,并将暂停使用死刑与人权保障联系在一起。联合国第 62 届大会 2007 年 12 月 18 日通过的《暂停使用死刑》的大会决议(第 62/149 号)的序言中提出,“使用死刑有损人的尊严,深信暂停使用死刑有助于加强和逐渐发展人权”,因而吁请保留死刑的缔约国“暂停执行处决,目标是废除死刑”。联合国第 63 届大会 2008 年 12 月 18 日通过的《暂停使用死刑》的大会决议(第 63/168 号)重申了 2007 年 12 月 18 日关于暂停使用死刑的决议,并决定“在大会第六十五届会议题为‘促进和保护人权’的议程项目下继续审议这一事项”。联合国第 65 届大会 2010 年 12 月 21 日通过的《暂停使用死刑》的大会决议(第 65/206 号)的序言再次提出,“暂停使用死刑有助于尊重人的尊严及加强和逐渐发展人权,并认为死刑的威慑作用并无任何确切证据”,并吁请缔约国暂停使用死刑。在 2012 年联合国第 67 届大会、2014 年联合国第 69 届大会上都再次做出相同标题的决议。从上述文件看,以联合国为代表的国际社会,在废除死刑方面确实对保留死刑的国家构成很大的压力,而其主张暂停使用死刑、最终废除死刑的主要理由就是保障人权。当然,这种压力目前只是舆论上的,《任择议定书》对非缔约国没有强制力,上述五个“暂停使用死刑”的决议中用的是“吁请”一词,只是对保留死刑的国家提出建议。

在人权方面,真正能够体现国际社会普遍共识的,迄今为止,还是《世界人权宣言》、《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》。《世界人权宣言》并没有关于死刑存废的条款,但其第 3 条规定“人人有权享有生命、自由和人身安全”,第 5 条规定:“任何人不得加以酷刑,或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。”对于死刑是否属于“残忍、不人道”的刑罚,向来都有争议。对此,在 2014 年“世界反死刑日”,时任联合国秘书长潘基文表示,继续使用死刑是一种有损人类尊严的“残酷做法”,并敦促各成员国“重申对基本人权的信念”,暂缓执行死刑。^[22]《经济、社会和文化权利国际公约》只规定人的经济、社会和文化方面的权利,并未涉及死刑存废问题。直接规定死刑问题的是《公民权利和政治权利国际公约》,其第 6 条在第 1 款规定生命权的同时,第 2 款规定了“在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚”,而第 3 款规定“任何被判处死刑的人应有权要求赦免或减刑”。虽然这一公约表达出强烈的废除死刑的倾向,但并没有指出死刑与人权相冲突,而且在一个条文中同时规定生命权和死刑问题,显然也不认为两者存在冲突。当然,不能认为,联合国上述公约和《任择议定书》、决议之间存在冲突,公约规定的是人权的基本标准,而后者更多地是从人权发展方向的意义上提出的建议。

国际社会关于人权的倡议对各主权国家会产生影响,然而各国在执行人权标准上必然有其特殊性。在不同的国家或在一个国家的不同历史时期,由于历史传统与基本国情的差异,人权制度的变化呈现出各自的特点,政策、措施和执行标准上都会存在差异。^[23]

[22] 联合国新闻中心:《联合国在世界反死刑日上强烈呼吁停止这项“残酷的做法”》, <http://www.ohchr.org/ch/New-York/Stories/Pages/UNMarksWorldDayAgainstDeathPenalty.aspx>, 最近访问时间[2016-08-23]。

[23] 广州大学人权理论研究课题组:《中国特色社会主义人权理论体系论纲》,《法学研究》2015 年第 2 期,第 63 页。

马克思在《神圣家族》一文中曾引用黑格尔的话：“人权不是天赋的，而是历史地产生的。”^[24] 如果从历史上看，人权的发展具有明显的阶段性，这已为各国实践所证明。而人权的阶段性，在一定程度上又与一个国家所处的发展阶段相联系。如果一个国家超越其社会所处的发展阶段，即便在法律上规定或认可某项权利，在实践中也很难得到实现，就会出现法定人权与实有人权的巨大落差。基于不同的国情和文化，对于人权具体内容、标准的理解也会形成差异。例如，有观点认为，人权在本质上是利益与正义两个要素的统一。^[25] 但对于利益和正义却存在不同理解。就死刑问题而言，保留死刑论者及其支持者可能正是基于“正义”而保留死刑，因为报应观念更接近于正义观念。^[26]

以违反人权来论证死刑的不正当性，必然会受到基于人权理解的多样性和国情、文化特殊性辩解的强烈抵制，而且会以保留死刑并仍在执行死刑的美国、日本等国家作为论证的“援手”。在受中华法系影响的国家和地区，刑事司法历来比较关注被害人及其亲属的诉求，在刑事司法中也容易“迁就”被害人亲属的利益。在死刑问题上，基于这样的法律文化，也就会有观点以确认和主张被害人的人权作为对犯罪人适用死刑的理由，尽管在逻辑上很容易推翻这种观点，然而这样的看法在社会中却是根深蒂固的。如果以人权作为废除死刑的根据，反倒会令公众质疑人权的价值，甚至提出“杀人的人有人权，被杀的人反倒没人权”的类似见解。

总之，虽然国际社会基于发展人权的立场提倡废除死刑，但是保留死刑的国家总会提出以人权多样性理论为保留死刑进行辩解。从人权角度论证死刑的不正当性，很容易陷入对立双方自说自话的局面。^[27] 不可否认，维护和发展人权，必然会提出废除死刑的观点，因为死刑构成了对人最终的权利即生命权的侵犯，不过，在现时条件下，由于人权观念的特殊性使然，对于我国而言，仅仅依据人权学说还不能充分论证死刑的不正当性。^[28]

四 宪法文本与宪法原理：宪法抵触论的辩驳

宪法抵触说认为死刑是违反宪法规范的，该说的主要判断根据是宪法中的基本权利条款。这一观点是从本国现行宪法出发，通过解释宪法基本权利规范来判断死刑的合宪性问题。由于不同国家宪法文本提供的“资源”不同，有些国家宪法文本中有明确的条文

[24] 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1983年版,第146页。

[25] 广州大学人权理论研究课题组:《中国特色社会主义人权理论体系论纲》,《法学研究》2015年第2期,第62页。

[26] 20世纪70年代,美国刑事司法从“医疗模式”转向“正义模式”。“正义模式”即强调报应刑。参见许福生著:《刑事学讲义》,台湾地区:个人2001年自版,第40页。美国学者伯恩斯坦也提出,罪犯必须为他们的罪行付出生命的代价。犯罪行为的幸存者,可以合理地要求这种补偿,因为我们也是罪行的受害者。只有透过惩罚罪犯,才能证明世世代代、不分国界约束人类行为的法律的存在。参见Walter Burns, *The Morality of Anger*, in Robert M. Blair, (ed.), *Punishment And The Death Penalty*, Prometheus Books, 1995, p. 151, 转引自张丽卿:《台湾死刑制度现况与政策建议》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2015年第6期,第681页。

[27] 参见赵秉志著:《死刑改革之路》,中国人民大学出版社2014年版,第702-707页。

[28] 关于死刑是否违反人道主义的论证,参见陈永鸿:《一个理论的误区:死刑侵犯人权——从宪法的角度看待死刑问题》,《法学评论》2006年第6期。

可以用来判断死刑是否违宪,而有的国家宪法文本则没有直接提供这样的“资源”,主张废除死刑的学者是从宪法原理的角度进行论证的,实际上也是在利用发展的人权理念进行分析。我国宪法规定就属于第二种,因而有关死刑废除的宪法讨论更多地源自宪法原理,而非宪法文本。

关于死刑是否违宪的讨论,在域外早已展开,^[29]但在国内学界的讨论中,这个问题才刚刚拉开帷幕。^[30]从比较法上看,除在宪法中明确规定禁止死刑的立法例以外,^[31]以宪法规范作为废除死刑的根据有两种立法例:一是“残酷、异常的刑罚模式”。最典型的立法例就是美国联邦宪法第八修正案的规定。1972年 *Furman v. Georgia* 案中,美国联邦最高法院认为佐治亚州的死刑法律违反美国联邦宪法第八修正案的规定,构成残酷、异常的刑罚,不过,该法院多数法官并不认为死刑本身属于残酷、异常的刑罚。在1976年 *Gregg v. Georgia* 案中,该法院认可修改后的佐治亚州的法律符合宪法规定。如果对美国未来废除死刑的可能性进行预测,其将来仍会沿着这个思路前进,即由联邦最高法院而不是国会发挥主导作用,而且会以“异常的刑罚”作为废除死刑的根据。如此推论的根据在于:美国已有19个州废除了死刑,^[32]当废除死刑的州超过半数时,依照所谓“举国一致的共识原则”^[33]就可能被认为是“异常的刑罚”,进而宣布死刑违反宪法。相同的例子还有,1995年6月6日南非宪法法院宣布,通过国家法律对谋杀犯判处死刑,不符合国家过渡宪法规定的禁止“残酷、非人道或有辱人格的待遇或惩罚”。二是宪法生命权和人的尊严条款。对于在宪法中明确规定生命权和禁止死刑的立法例中,并没有过多讨论的必要。主要是看那些宪法中有生命权条款且没有禁止死刑规定的立法例是如何看待死刑合宪性问题的。例如,1990年10月,匈牙利宪法法院宣布,死刑因侵犯人的生命和尊严等基本权利而违宪;1999年12月,阿尔巴尼亚宪法法院裁定死刑违宪。^[34]在我国,主张死刑违宪的学者主要也是将生命权和人的尊严作为废除死刑根据的。^[35]

不过,同样是对于死刑是否违宪问题,其他国家和地区却有着不同的态度。例如,作为法律上保留死刑国家的韩国,大法院在1963年到1991年的相关判决中认为死刑并不

[29] 参见赵秉志主编:《刑罚总论问题探索》,法律出版社2003年版,第176-177页。

[30] 这与韩大元教授有着密切关系,在他主持“死刑制度的宪法控制”项目后,至今课题组已发表十余篇有关控制和废除死刑的文章。而在此之前,学者对这个问题的讨论并不多,主要有上官丕亮:《废除死刑的宪法思考》,《法商研究》2007年第3期;刘仁文:《死刑的宪法维度》,《国家检察官学院学报》2013年第4期;黄晓亮:《死刑合宪性解释:从立场到路径的比较与反思》,《法学论坛》2016年第1期。

[31] 例如,《德国基本法》第102条、1991年《马其顿宪法》第10条、1992年《斯洛伐克宪法》第12条。

[32] 参见 Death Penalty Information Center, *Facts about the Death Penalty*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>, 最近访问时间[2016-09-01]。

[33] 参见张守东:《美国死刑制度的宪法法理及其未来》,《法学》2011年第3期。在 *Roper v. Simmons* 案、*Enmund v. Florida* 案、*Arkins v. Virginia* 案中,美国联邦最高法院认定相关立法违宪的理由实际上就是多数州的态度。另见[美]琳达·E.卡特等著:《美国死刑法精解》(第二版),王秀梅等译,北京大学出版社2009年版,第92页。

[34] 参见[英]罗吉尔·胡德著:《死刑的全球考察》,刘仁文、周振杰译,中国人民公安大学出版社2005年版,第41、43页。

[35] 例如,范进学、张玉洁:《论我国死刑的宪法正当性》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第5期;陈征:《从宪法视角探讨死刑制度的存废》,《华东政法大学学报》2016年第1期。

违宪。^[36] 1996 年韩国大法院以 7:2 的多数裁决,认为死刑不违宪;2010 年以 5:4 的多数裁决,再次维持了死刑不违宪的观点。^[37] 2015 年 7 月,过半数的共 172 位国会议员提交了《废除死刑制度特别法案》,目前尚未有最终结果。^[38] 我国台湾地区最近十多年里,绝大多数被科处死刑的犯罪者是因侵害生命法益或毒品犯罪,^[39]其“司法院”大法官关于死刑的解释有三次:(1)1985 年 3 月 22 日的 194 号解释,认为“戡乱时期肃清烟毒条例”关于贩卖毒品为唯一死刑的规定并不违宪;(2)1990 年 7 月 19 日的 263 号解释,认为“惩治盗匪条例”中掳人勒索为唯一死刑的规定并不违宪;(3)1999 年 1 月 29 日的第 476 号解释,认为“肃清烟毒条例”之旧法和“毒品危害防制条例”之新法有关贩卖第一级毒品海洛因之罪的死刑问题,并不违宪。^[40]

从上述立法例和司法实践看,有关死刑是否违宪的问题,主要围绕生命权、人的尊严、“残酷、异常的刑罚”、比例性原则以及基于公众报应理念、以功利主义为实际根据的社会保护、维系“国民道德情感”等问题展开。从功利主义的角度论证死刑合宪,基本上反映了社会中较为保守的一面,即维系所谓的社会价值,但从逻辑论证来讲,对其无法证伪更无法证成,是在一片恍惚之中形成的笼统认识。基于合比例性进行判断,也会陷入方法上的困境:一是比例性的判断空间究竟是在实定法之内还是在实定法之外?在实定法之内判断,很难说明死刑是不合比例的,在实定法之外进行判断,更无从寻找判断的根据;二是比例性判断的标准是什么?就死刑而言,拿死刑和哪种惩罚类型比,或者拿可适用死刑的罪行和其他行为如何比较?这些标准都难以建立;三是比例性判断应属于客观判断,那么如何排除主观性因素?无法回答这些问题,就以是否合比例性来论证死刑是否违宪,或者说,作为一般观念指导似乎可以,但在证明力上并没有效果。^[41]“残酷、异常的刑罚”条款是一个更有操作性的条款,尤其是“异常性”判断颇具操作性,但可惜的是,我国宪法中并没有类似条款可资利用。如此看来,在进行适当排除后,对我国讨论死刑的合宪性问题,

[36] 具体理由是:“根据宪法第 12 条第 1 项规定,关于刑事处罚的相关规定只是委托于法律,处罚的类型并没有限制,现在考虑到韩国的现实国情及国民的道德感情等,作为国家的刑事政策,为了维护社会秩序和公共福利,因而在刑法等法律中规定了死刑这一处罚类型,这一规定并没有违反宪法。”参见[韩]金成龙:《韩国关于死刑制度的赞反论》,“中韩死刑学术研讨会”论文,中国人民大学,2015 年 12 月 17 日。

[37] 参见[韩]权五杰:《韩国死刑制度的现状与未来》,“中韩死刑学术研讨会”论文,中国人民大学,2015 年 12 月 17 日。两次裁判的理由并不相同:1996 年裁决的根据是,基于国情和国民的道德感情,为维持秩序和公共利益,认为死刑不违宪;2010 年裁决的根据是,一是对极其严重的犯罪处以违法程度相适应的严厉刑罚是实现社会正义的必要手段,二是死刑不违反比例原则,三是对犯罪人适用死刑,是其残忍实施犯罪行为的自食其果。参见黄晓亮:《死刑合宪性解释:从立场到路径的比较与反思》,《法学论坛》2016 年第 1 期。

[38] 参见单士磊:《韩再提“废除死刑”国会闯关前景不乐观》,《法制日报》2015 年 7 月 21 日第 10 版。

[39] 赵秉志、黄耀佳:《台湾地区死刑制度废除运动的困境及建议》,《刑法论丛》2016 年第 1 期,第 528 页。

[40] 参见陈志祥、陈荔彤:《论我国如何停止死刑到废除死刑之立法政策》,《军法专刊》(我国台湾)第 56 卷第 6 期。其中大法官关于死刑问题的第 476 号解释理由是,国家刑罚权之实现,对于特定事项而以特别刑法规定特别之罪刑所为之规范,倘与“宪法”第 23 条所要求之目的正当性、手段必要性、限制妥当性符合,即无乖于比例原则,要不得仅以其关乎人民生命、身体之自由,遂执两不相侔之普通刑法规定事项,而谓其系有违前开“宪法”之意旨。

[41] 当然,并不是说,比例原则完全没有用,而是要有资利用的条件。例如,当年讨论废除劳教时,就以我国《宪法》第 37 条第 2 款的规定作为一个标准来论证劳教带有剥夺性质的强制教育措施与其他剥夺性强制措施之间的不成比例。参见时延安:《劳动教养制度的终止与保安处分的法治化》,《中国法学》2013 年第 1 期。

只能以生命权 and 人的尊严条款作为论证的重心。不过,我国宪法中也没有明确的生命权 and 人的尊严条款。^[42]

对于生命权 and 人的尊严的宪法渊源,可以从我国《宪法》第 33 条第 3 款规定寻求根据,如果认为该款中的“人权”具有较大的开放性和涵括性的话。当然,该款更接近于宪法原则,而非宪法规则。实际上,即便认为该款中包含“生命权”,将生命权作为废除死刑的根据,还是会存在争议。对此,可以区分出绝对的生命权理论和相对的生命权理论。绝对的生命权理论,即认为人的生命在任何情况下都不应该被依法剥夺,国家只能在紧迫情况下基于正当防卫的理念杀人。正如威廉·布莱克斯通(Willian Blackstone)所说:“在法律上,生命权是‘不朽的自然法’赋予个人的绝对权利。这种永远与人类同在的、受上帝本人指引的自然法,当然比其他任何法都具有更高的地位……任何人类法,只要与他相抵触都是无效的。”^[43]在宪法中同时规定生命权和禁止死刑条款的立法例,就持这一立场。相对的生命权理论,即认为国家在一般情况下不能剥夺人的生命,但当某人实施极其严重罪行时,国家可诉诸死刑。康德曾经说过:“没有类似生命的东西,也不能在生命之间进行比较,不管如何痛苦,只有死。因此,在谋杀罪与谋杀的报复之间没有平等问题,只有依法对犯人执行死刑。”^[44]这一论断一方面认为生命的重要性是不可比拟的,另一方面认为对谋杀罪可以适用死刑。《公民权利和政治权利国际公约》的立场基本延续了这一观点,既承认生命权又不认为死刑与生命权相抵触,就是一种相对的生命权立场。在一些宪法中规定生命权又不认为死刑违宪的立法例,也是如此。^[45]我国《宪法》第 33 条第 2 款规定的“人权”可以认为包括生命权,但不能给出具体立场。在这种情况下,就会形成两种立场的对立和无统一答案的争论,即便从发展的眼光看,绝对的生命权理论将成为占优势的学说。从该条款,同样也可以“解释出”人的尊严的内涵,但将其作为废除死刑的根据,也会形成对立的看法。

总之,从现行宪法中寻求废除死刑的法律资源,比从人权公约中寻找根据,是更为现实的做法,也更容易形成论证的说服力。不过,我国宪法能够提供的法律资源不够充分,因而很难形成一致性的认识,基于不同立场而形成存废的不同观念,也难以在短时间内达成共识。

五 一个新的尝试:国家性质与功能抵触说的提出

死刑存废问题,不可能摆脱基于固有文化、国情、人权等方面的考量,然而,一个被忽视的研究路径需要正式开启,这就是回答“国家杀人的权力从何而来”。这个提问在很多

[42] 对此存在一定争议。例如,有的教材从《国家赔偿法》中寻求生命权的法律根据,而没有从《宪法》第 33 条第 3 款规定作为宪法根据。参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社 2008 年版,第 174 页。

[43] [英]威廉·布莱克斯通著:《英国法释义》(第 1 卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社 2006 年版,第 41 页。

[44] [德]康德著:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 166 页。

[45] 例如,1993 年《莱索托宪法》第 5 条、1994 年《马拉维宪法》第 16 条。转引自上官丕亮:《废除死刑的宪法思考》,《法商研究》2007 年第 3 期,第 3-8 页。

场合被提出,但并没有在理论上予以充分展开。^[46] 理论上未予展开的原因,可能有两个:其一,这是一条没有“出路”的研究路径,即无法形成有说服力的研究成果;其二,这是一条难以被接受的研究路径,就是说,即便形成研究成果也难以被决策者所接受;其三,这是一条难以论证的研究路径,即没有可供研究论证的理论资源。应当说,要从国家学说去论证死刑的不正当性,首先存在方法论上的困难,其次是论证路径存在明显的跨学科性质,再次要考虑所赖以维系的价值基础或立场能否被公众所接受。沿着这一路径前行,不仅超越了法学知识,而且必然要涉及政治学理论,尤其涉及有关意识形态的理论。实际上,任何立法过程本身就是一个政治活动,而涉及像死刑这样的重大问题,更是一个“标准的”政治话题。就法学研究而言,虽然存在着教义法学与社科法学之间的无益之争,但无论是否愿意正面承认,法学研究的前提,必然要确立其政治理论前提,尤其在国家观、意识形态观念以及公民与国家的关系方面澄清立场。在已经废除死刑的国家,这一问题也是作为政治问题予以提出的。

(一)从国家学说探讨死刑存废的已有尝试

从国家性质和职能角度论证死刑的不正当性,还存在一个问题就是,依据何种国家学说作为理论支持,以及以这种国家学说能否推导出相应的结论。对此,迄今为止,还没有“一统”的国家学说作为理论根据,正像没有“一统”的人权学说一样。在政教合一的国家,支撑其国家学说的理论肯定要和宗教联系在一起,例如,当今很多伊斯兰国家都从伊斯兰教寻找治国理念和基本方针。在西方国家,在不同国家和不同时期也有着不同的国家理论。^[47] 在当今西方国家的政治理论中,社会契约论仍发挥着重要的观念指导作用。从社会契约论来看,不同时期的思想家对待死刑问题都存在差异。例如,卢梭就认为死刑是正当的,他说“正是为了不至于成为凶手的牺牲品,所以人们才同意,假如自己做了凶手的话,自己也得死”。^[48] 洛克也说:自然法的原则如“谁使人流血的,人亦必使他流血”也应当在国家中执行。“既然基本的自然法是为了保护人民,凡是与它相违背的人类的制裁都不会是正确或有效的”。^[49] 而贝卡利亚同样基于社会契约论认为死刑是不正当的。^[50] 作为社会契约论的反对者,黑格尔反对死刑,他认为“国家根本不是一个契约……国家是比个人更高的东西,它甚至有权对这种生命财产本身提出要求,并要求其为国牺牲”。^[51]

这些经典理论家关于死刑的论述,均运用国家学说作为论证正当性的根据,当然不是

[46] 笔者曾在文章中提及,但并未充分展开。参见时延安:《刑罚的正当性探究——从权利出发》,《法制与社会发展》2010年第2期。

[47] 俄罗斯学者将不同时期的国家学说分为七类:神学理论、父权理论、有机理论、暴力理论、心理理论、社会契约论和历史唯物主义理论。参见[俄]B. B. 拉扎列夫主编:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社1999年版,第47-51页。

[48] [法]卢梭著:《社会契约论》(第2版),何兆武译,商务印书馆1980年版,第46-47页。他还说:“对罪犯处以死刑,这与其说是把他当作公民,不如说是把他当作敌人。”

[49] [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1983年版,第84页。

[50] 参见[意]切萨雷·贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第65-71页。

[51] [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰编译,商务印书馆1961年版,第103页。对卢梭社会契约论的批判,另见该书第254-255页。

唯一的根据。对于国家的性质和职能存在不同的认识,就会对死刑问题存在不同的认识。对此,凯尔森说到:“‘国家’的定义由于这一术语通常所指对象的多样化而弄得很困难界定……政治理论(它实质上是国家理论)之不能令人满意的情况,多半是由于不同作者以同一名义对待很不同的问题,甚至同一作者不自觉地几个意义上使用着同一个词。”而从纯粹法学的观点看,“国家只是作为一个法律现象,作为一个法人即一个社团来加以考虑”。^[52] 国家学说的多样性必然导致理解和运用上的分歧,不过,如纯粹法学般简单处理也只是一厢情愿。比较科学的研究方法,是考虑不同学说展开的前提、论述语境及其目的,这样去把握学说内涵更为有益。如果将废除死刑作为一个国内问题的话,则必然从一国之主流国家学说中寻找理论支持。根据《宪法》第1条,我国是人民民主专政的社会主义国家,那么,从这一基本立场出发,就应该根据对这一立场的理解及理论来认识我国的各项制度,同时要运用发展的眼光对待国家学说,与时俱进地发展这一基本立国理论,并用来解决现实重大法律问题。从这个角度看,从国家学说去论证死刑的不正当性,也可以说是一种“宪法抵触说”,但并非是从宪法的基本权利规范来论证,而是运用宪法有关国家的基本表述。关于国家与国家法(主要是宪法)的关系,拉德布鲁赫说过:“国家不仅是法律的渊源,同时又是法律的产物,它确实是从宪法和国家法中引导出它的形态以及由此决定的法律上的存在。但是,由于国家宪法本身就是国家法律,因而我们便面对着表面上不可解决的矛盾,即国家以国家法为前提条件,而另一方面国家法又以国家为前提条件。”^[53] 当然,从国家学说讨论死刑问题,宪法只是其中的组成部分,更多的问题指向是构成国家学说的基本政治理论。^[54]

(二)社会主义国家死刑存废的理论线索和短暂实践

在马克思主义经典作家那里,并没有关于废除死刑问题的论述。不过,马克思曾说过:“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。”^[55] 从这一态度基本上推断出,马克思是反对死刑的。^[56] 当然,在之后的社会主义实践中,各国都没有最终废除死刑,不过,这并不意味着,没有废除死刑的主张和废除死刑的试验。

对于死刑存废的看法,中国共产党于1922年6月15日在《第一次对于时局的主张》中曾经提出“废除死刑”的口号,^[57] 1956年刘少奇同志在党的“八大”上所作的政治报告中,也明确提出,“凡属需要处死刑的案件,应当一律归最高人民法院判决或者核准。这样,我们就可以逐步地达到完全废除死刑的目的,而这是有利于我们的社会主义建设

[52] [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第181页。

[53] [德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第44页。

[54] 实际上,宪法教义学本身就存在“悖论”:教义学本身要排斥政治的影响,但宪法教义的形成却难以摆脱政治理论(包括意识形态)。解决这个“悖论”,比跨越“李斯特鸿沟”还要难。

[55] 《马克思恩格斯全集》(第11卷),人民出版社1995年版,第617-618页。有学者结合该文所体现出的刑罚思想,认为马克思是反对死刑的。

[56] 参见张文、米传勇:《马克思死刑思想初探》,http://ccls.bnu.edu.cn/criminal/Info/showpage.asp? ProgramID = 580&pkID = 10444&keyword = ,最近访问时间[2016-09-01]。

[57] 参见张希坡主编:《中华人民共和国刑法史》,中国人民公安大学出版社1998年版,第358页。

的”。^[58] 从这些历史文献可以推断出,中国共产党当时是主张在条件允许的情况下废除死刑的。

同样的情况也出现在俄国革命过程中,例如,1903 年俄国社会民主工党第二次代表大会上,莉·彼·马赫诺韦茨(布鲁凯尔)曾提出“把废除死刑列入党纲的主张”,但没有被该党所接受。^[59] 苏联曾于 1917-1918 年、1920-1921 年废除过死刑。1917 年 10 月 26 日,苏俄第二次代表大会通过法令,宣布废除死刑。1920 年 1 月 17 日,全俄中央执行委员会和苏俄委员会根据捷尔任斯基领导的全国肃反委员会的倡议,宣布《关于彻底废除适用极刑(枪决)》的决议,其中提到“苏维埃俄国革命无产阶级和革命政府满意地指出,由于粉碎了反革命的武装力量,使得革命的无产阶级和革命政府有可能不再适用恐怖武器”。^[60] 1947 年 5 月 26 日苏联最高苏维埃主席团“关于废除死刑”的历史法令,废除和平时期的死刑,而代之以 25 年劳改营中监禁。1949 年,苏联甚至向联合国大会提出一项关于废除死刑的建议。^[61] 从我国当时引进的教材和文献看,苏联学者将废除死刑与苏联的国家制度紧密联系在一起,并以此来论证社会主义制度的优越性。例如,有学者指出:“死刑的废除明显地表现出苏维埃刑法之人道主义以及苏维埃社会主义制度所蕴藏的最高的正义思想之实现。”^[62] 至于苏联两次废除死刑后又恢复死刑的原因,牛津大学罗吉尔·胡德教授认为,是列宁有关死刑问题的论述产生了影响。^[63] 列宁也确实说过:“一个革命者,如果不愿意作个伪善者,就不能放弃死刑。没有一次革命和内战时期是不枪毙人的。”^[64] 不过,这一判断值得商榷。第一次废除后恢复死刑,与列宁有关;第二次与列宁的论断似乎关系不大,应该是当时苏联国内外政治形势所致。

从上述材料给出的信息可以看出,在我国和苏联社会主义实践过程中,都没有回避死刑存废的问题。^[65] 在我国,新政权建立后还一度将废除死刑作为社会主义社会的发展目标,而苏联有过短期废除死刑的实践。从此可以初步说明,废除死刑是符合社会主义国家学说的,符合社会主义意识形态的。这可以作为,从国家学说的角度,探讨我国死刑废止问题的理论线索。毛泽东^[66]、列宁等领导人关于死刑的观点,是针对革命和建政初期的社会形势提出来的,具有明显的时代局限性。对于死刑正当性问题的讨论,在时代已经完全变化、社会处于长期和平的情况下,不能再以这些领导人当时的论断作为理论根据。

[58] 《中国共产党第八次全国代表大会政治报告》,1956 年 9 月 15 日。

[59] 《列宁全集》(第 37 卷),人民出版社 1986 年版,第 175 页、第 468 页注释 74。

[60] [苏]Л. В. 巴格里-沙赫马托夫著:《刑事责任与刑罚》,韦政强等译,法律出版社 1984 年版,第 215 页。

[61] 参见[苏]B. M. 契希克瓦节主编:《苏维埃刑法总论》,中央人民政府法制委员会编译室、中国人民大学刑法教研室译,法律出版社 1955 年版,第 403 页。

[62] 孟沙金主编:《苏联刑法总论》(下册),彭译文译,大东书局 1950 年版,第 543 页。

[63] 参见[英]罗吉尔·胡德著:《死刑的全球考察》,刘仁文、周振杰译,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 44-45 页。

[64] 《列宁全集》(第 34 卷),人民出版社 1985 年版,第 470 页。

[65] 例如,《匈牙利刑法典》1961 年第 5 号法案中规定了死刑,但针对该法案的部长解释明确指出:“社会主义的法律原则上反对死刑。但是,除非资本主义的直接和间接负面影响不存在了,否则社会主义国家绝不会舍弃这个严厉的惩罚。”引自[匈]马达毅·萨道尔:《第二次世界大战后匈牙利死刑改革分析》,载赵秉志主编:《刑法评论》(第 1 卷),法律出版社 2016 年版,第 371 页。

[66] 毛泽东关于死刑的观念,参见赵秉志:《毛泽东死刑思想研究》,《法学家》2001 年第 4 期,第 15-21 页。

1979年,彭真在谈到刑法立法中讨论死刑问题时,也提到“我国现在还不能也不应废除死刑,但应尽量减少使用”。^[67]当时,可能存在保留死刑的必要性,但我国社会主义实践发展到今天,已经处于稳定的社会发展阶段,因而从现有国家性质和职能的主流理论,结合当前社会发展现实,应该能够得出废除死刑的结论。

(三)从国家性质和社会制度对废除死刑的论证

马克思主义对“国家”向来保持清醒的认识。马克思曾经说过:“国家看来是至高无上的独立的存在本身,不过是表面的,所有各种形式的国家都是社会身上的赘瘤。”^[68]恩格斯也提醒到:“胜利了的无产阶级也将同公社一样,不得不立即尽量除去这个祸害的最坏方面,直到在新的自由的社会条件下成长起来的一代有能力把这全部国家废物抛掉。”^[69]这些有关“国家”的认识,对今天也是有意义的,这有利于防止将“国家”作为少数人控制和统治的工具。我国《宪法》第1条第1款开宗明义地规定,中华人民共和国是人民民主专政的社会主义国家,该款同时规定了国家的基本性质和基本社会制度;以国家名义行使的各项权力,都应从这一基本规定中寻求理念和制度上的支持。死刑的规定和适用,就是以国家名义实施的一项权力行使,因而对死刑的政治正当性的判断,就应结合宪法这一基本规范来进行判断。

1. 基于人民民主专政国家性质的分析

人民民主专政是我国的国家性质,这是从社会结构和统治秩序角度进行的界定;在社会主义法治国家建设中,宪法有关国家性质的规定具有鲜明的规范意义。人民民主专政理论定型于毛泽东同志在1949年建国前夕撰写的《论人民民主专政》,^[70]并从有关建国的政治理论转化为基本宪法规范,而其内涵也不断发展变化、与时俱进。从现有法治体系看,对人民民主专政进行分析,可以提出三个命题,对于认识死刑并提出废除死刑的判断具有重要意义。

(1)“人民”命题

“人民”命题,就是对“人民”给出界定。在今天看来,国家存在的目的就是保障人民的利益;国家的一切权力来自于并属于人民,这是国家存在的唯一正当性根据。在“人民民主专政”这一概念中,人民是作为统治主体而存在的。而何为“人民”确实要予以明确的界定。毛泽东在《关于正确处理人民内部矛盾的问题》中提到:“人民这个概念在不同的国家和不同的历史时期,有着不同的内容”,“在建设社会主义的时期,一切赞成、拥护

[67] 彭真:《关于七个法律草案的说明》,载高铭喧、赵秉志主编:《新中国刑法立法文献资料总览》(上),中国人民公安大学出版社1998年版,第558页。

[68] 《马克思恩格斯全集》(第45卷),人民出版社1983年版,第646页。

[69] 《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社2012年版,第55页。

[70] 《毛泽东选集》(第4卷),人民出版社1991年版,第1468-1482页。毛泽东在文中提到:“人民是什么?在中国,在现阶段,是工人阶级,农民阶级,城市小资产阶级和民族资产阶级。这些阶级在工人阶级和共产党的领导之下,团结起来,组成自己的国家,选举自己的政府,向着帝国主义的走狗即地主阶级和官僚资产阶级以及代表这些阶级的国民党反动派及其帮凶们实行专政,实行独裁,压迫这些人,只许他们规规矩矩,不许他们乱说乱动。如要乱说乱动,立即取缔,予以制裁。对于人民内部,则实行民主制度,人民有言论集会结社等项的自由权。选举权,只给人民,不给反动派。这两方面,对人民内部的民主方面和对反动派的专政方面,互相结合起来,就是人民民主专政。”

和参加社会主义建设事业的阶级、阶层和社会集团,都属于人民的范围;一切反抗社会主义革命和敌视、破坏社会主义建设的社会势力和社会集团,都是人民的敌人。”^[71]在今天,“人民”的范围又得到扩张,即应在“最广大”这一程度上加以理解。其根据可以从已经进入宪法序言的“三个代表”理论得到佐证:这一理论的第三条是“中国共产党要始终代表中国最广大人民的根本利益”,从中可以解读出,“最广大人民”是包括社会各阶层的公民。澄清“人民”命题的意义,在于明确“敌人”的范围。按照毛泽东的观点,“人民”和“敌人”的概念在不同时期内涵并不一致,在今天看来,“敌人”应是针对国家安全的势力,从现行宪法序言看,“敌人”应指“敌视和破坏我国社会主义制度的国内外的敌对势力和敌对分子”。

基于“人民”命题以及相对“敌人”命题,如果保留死刑,死刑的适用对象应该是属于“敌人”阵营的成员,而非“人民”的组成分子。从“人民”命题和“敌人”命题展开进行推演,也应当认为:只有敌视和破坏国家基本制度的群体才是“敌人”,对其应给予最为严厉的惩罚。即便属于“人民”的组成分子,实施了严重的危害行为,只要他没有针对社会主义基本制度(实际上是国家政权),就不能将其界定为敌人。对于敌人应适用最严厉的惩罚,而对“人民”的组成分子要给予更多的改造机会。在一国的惩罚体系中最为严厉的惩罚无疑就是死刑,因而不应对属于“人民”的组成分子适用死刑。考虑到惩罚的比例性原则,对属于“敌人”的组成分子也不能一概适用死刑。实际上,按照“人民”与“敌人”二分的理论,对于两类不同的人进行惩罚的理念是不同的,前者强调教育,后者强调排斥,包括最为极端的排斥即肉体消灭。

(2)“民主”命题

“民主”,就是人民当家作主,也就是由人民实施统治。当然,人民统治并不意味着“人民管理”。按照人民民主专政的构想,人民是通过自由意志表达形成集体意志后,将统治的权力具体化为各项公共权力交给国家来行使。从这个角度看,国家对违法犯罪公民的惩罚,同样是行使来自于人民的权力,也是人民意志形成、意志表达后的一个结果。从理念上推演,人民意志的形成来自于每个属于人民组成分子的自由且理性的意志表达,然后按照多数原则形成整体意志。这一人民意志形成的过程,是民主的核心和基石,可以说,没有绝对的、超然的人民意志,只有经过每个成员自由、理性表达后形成的整体意志才是人民意志。同时,每个成员的意志表达也必然受到限制,就是只有正当的自由表达才能被融入人民意志的形成过程当中。

基于“民主”命题,可以认为,人民对作为个体的一分子并没有剥夺其生命的权力,其分析过程:一是人民意志的形成来自于每个公民,然而并非所有意志都能形成人民的意志,只有其正当的意思表达才能成为人民意志的来源。二是每个人都没有杀人的权利,即便是针对严重暴力侵害行为的正当防卫,也不应认为防卫人具有杀人的权利,而只应视为防卫人实施的保护合法权益的一种权利。这两点假设应该是可以被接受的。基于这两点

[71] 毛泽东:《关于正确处理人民内部矛盾的问题》(对 1957 年 2 月 27 日在最高国务会议第 11 次扩大会议上的一篇讲演的整理),《人民日报》1957 年 6 月 19 日第 1 版。

假设,即便每个人都表达出要剥夺违反共同生活准则人的生命的意思,也不能视为一种合理的意思表达,因为人们不能对其没有权利的事项做出意思表示,或者即便表达也是无效的。既然如此,有关剥夺公民生命的意思表达,不能成为形成人民意志的来源,由此人民意志中不能包含剥夺公民生命的成分。如此推导,国家的权力来自于人民的意志,国家是不可能具有杀人的权力的。

或许可以假设:虽然每个人都没有杀人的权利,但可能有不与不喜欢的人接触的权利,即排斥的权利。当每个人对他们都不喜欢的人(如犯有严重罪行且有损公众基本道德情感的行为人)表示排斥时,这些意思表示似乎是可以成为人民意志的,如此难道不可以作为死刑存在的根据吗?这一假设确实很难推翻,但其结论应该是无期徒刑或者流放,就是将这个令所有人讨厌的人与社会相隔离或者强制他离开这个社会。^[72]用最为直白的话说,“杀死他”和“不理他”完全是两种不同效果的意思表示。或许还可以假设,受害人有报复加害人的正当权利,而国家垄断了公共惩罚权后,可以代替受害人对加害人进行报复,在受害人被谋杀的情况下,国家应代替受害人以死刑进行报复。这一假设是难以成立的:一是无论是受害人还是受害人的亲属,和加害人一样,都没有杀人的权利,所以,国家不可能从受害人那里“受让”这种权利。二是即便认为受害人有这样的权利,但其他社会成员并没有这样的权利,因而也无法形成人民意志并赋予国家杀人的权力。除非是针对一个群体的侵害,由这个群体行使其作为整体的报复权利,但这时已经不再是刑罚,而是战争了。或者说,“大刑用甲兵”,^[73]那种情形下,已经不再是国家对其公民个人的惩罚,而是对威胁国家生存状态的力量所实施的集体报复行为。对于人民民主专政国家而言,战争是对“敌人”进行专政的极端表现形式。

(3)“专政”命题

专政即独裁,从某种意义上讲,专政是一种片面统治,即形成单向的约束乃至镇压,对属于专政对象的个人给予严厉的对待,进而使其不至于危害社会基本政治制度,同时被专政的对象不能参与到统治活动当中。从上引毛泽东的论述可知,专政只针对特定的阶级及其代言人。不过,时至今日,这些特定阶级在政治上、经济上已经被消灭了,革命时期作为“专政”对象的阶级已经不复存在,而在厉行社会主义法治的今天,专政的对象只能是威胁国家政权存在的势力,而不包括一般的犯罪行为人。如果遵循“人民民主专政”这一宪法所确定的国家性质并结合上引宪法序言的表述分析,专政的对象只能是危害社会主义国家存在的敌对势力。

“敌人”这一概念,首先是一个政治概念,但从以宪法为核心的法治看,“敌人”也是法律上的,是指政治和军事上的对立集团,而不是指普通的犯罪行为人。这一点可以从刑法的规定中得到佐证。在人民民主专政国家里,无论是否愿意承认,刑法是对“敌人”进行专政的主要手段,而刑法中确实有一些条款涉及“敌人”这一法律概念。例如,投敌叛变

[72] 有意思的是,一些信奉康德的哲学家并不赞同康德有关死刑的观点,认为死刑违背了康德的道德原则,因为如此无可挽回地摧毁了一个有理性的存在者,进而提出将“驱逐出共同体”作为替代措施。参见[德]梅尔著:《德国观念论与惩罚的概念》,邱帅萍译,知识产权出版社2015年版,第66-71页。

[73] 《汉书·刑法志》。

罪(第 108 条)、资敌罪(第 112 条)、投降罪(第 423 条)。这几个犯罪中的“敌人”都是指处于政治和军事对立状态的集团。在一国宪法实施体系之下,刑法中“敌人”概念的内涵与人民民主专政中专政对象的内涵应当完全重合。也就是说,在这个意义上讲,从当前社会背景看,宪法中“专政”对象并非具体的个人,而是针对特定的敌对势力,其适用的手段包括战争和以战争相威胁。所以说,即便认为死刑也是专政的具体手段之一,在今天,也只能针对处于政治和军事对立状态集团的人,而不能对自己的公民适用,除非他已经蜕变为“敌人”的一分子了。如果借助比例关系分析,对敌人的严重侵犯行为适用死刑,而对低于这一强度的、由公民实施的犯罪行为,就应该选择除死刑之外的、相对较轻的惩罚方式。

总之,基于对宪法框架内“人民民主专政”的理解,对属于“人民”的组成分子是不能适用死刑的,对属于“敌人”的组成分子则保留适用死刑的可能性,即对于向社会主义国家发动战争的敌对势力中的首要分子和实施严重危害行为的人可以适用死刑。

2. 基于社会制度对死刑的分析

社会主义,既是我国基本社会制度,也是我国的主流意识形态。如何认识和实践社会主义,是不应回避也不可能回避的问题。虽然社会主义的提出是针对个人主义的,但任何社会制度和意识形态都不能回避个人和社会的关系问题。李大钊曾经说过:“真正合理的个人主义,没有不顾社会秩序的;真正合理的社会主义,没有不顾个人自由的。”^[74] 马克思、恩格斯在《共产党宣言》中写到:“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的,将是这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。”^[75] 就这句话分析,他们所构想的、今天我们正在实践着的社会主义社会,应该以个人的自由发展为目的,而社会发展应当是有利于个人自由发展的。从这一经典论断出发,回到死刑问题,可以推导出:生命是个人自由的基础,而为维护个人的自由发展,首先要确保个人生命不受侵犯,无论这种侵犯是来自于其他社会成员,还是来自于社会或者国家。死刑显然与这一论断冲突,因为剥夺生命显然剥夺了个人自由发展的基础。由此可以进一步推导出:在社会主义制度中,任何刑罚都应以教育和改造为最终目的,只有如此才符合“每个人的自由发展”的要求。^[76]

对于社会主义的认识,“西方马克思主义”潮流中,弗洛姆提出“人道主义的社会主义”、马尔杜塞提出“人道主义的社会主义”,而萨特提出“有人性的社会主义”,都认为社会主义是一种价值,其本质特征是人道主义,在这样的社会里,人的地位高于一切,始终是社会的中心。^[77] 例如,弗洛姆即指出:“人道主义的社会主义拥护自由。它拥护免于恐惧、匮乏、压迫和暴力的自由……积极负责地参加制定有关公民利益的一切决议的自由,

[74] 李大钊:《自由与秩序》,载《李大钊法学文集》,法律出版社 2014 年版,第 238 页。

[75] 《马克思恩格斯选集》(第 1 卷),人民出版社 2012 年版,第 422 页。

[76] 从教育刑理念出发,也会认为死刑是不正当的。例如,拉德布鲁赫说,死刑“本身已充满严酷、震撼、血腥,按一般理解,它属于恐怖、折磨、毫不留情的报复性惩罚。因而在一个社会教育—保安措施的体系中,不允许继续为死刑留有一席之地”。参见[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 91 页。

[77] 参见吴向东:《西方马克思主义的社会主义观》,《上海社会科学院学术季刊》2000 年第 4 期。

将个人的潜力发挥到最大的自由。”^[78] 尽管对西方马克思主义的学说地位存在不同认识,这一关于社会主义社会中“人”的地位的态度与马克思有关“每个人的自由发展”的理念是相符合的。如果我们自信地认为社会主义是当今最优越的社会制度,那么,每个公民的权利应受到最大程度的尊重和保障。在进入稳定的社会主义建设时期,对公民的权益保障应当是全部工作的中心,而死刑的存在显然背离了这一价值判断。

总之,虽然以往有关国家、人民民主专政、社会主义的论述中无法找到废除死刑的明确主张,但是从有关理论中推导,结合社会主义实践发展到较高水平的现实,可以认为在稳定的社会主义建设时期,死刑不符合人民民主专政国家性质和社会制度。当然,按照人民民主专政理论,危害社会主义国家的犯罪人属于作为专政对象的“敌人”,对他们仍具备保留适用死刑的可能性,不过,“敌人”或“敌对势力”应从法律上界定,即只限于政治和军事上对立集团中的人。

(四) 从国家职能角度对死刑问题的论证

在主流意识形态中,国家是阶级统治的工具,而在人民民主专政的国家里,国家应是人民统治的工具。作为工具,国家的职能必然是维护和保障其所有者即人民的利益。在马克思看来,国家最终是为社会的主导利益服务的,尽管看上去国家似乎有自己的利益或是为社会的“普遍利益”服务。^[79] 马克思和恩格斯认为,人类需要共同体的原因在于个人自由发展的实现。只有在共同体中,每个个体才会拥有全方位拓展和构建其领域范围的工具。也只有在共同体中,个体自由才是可能的,而社会的任务就是为“个人作为其自身的目的而进行的能力发展”。^[80] 如此看来,作为共同体的国家应该服务于个人实现、服务于个体自由,而作为社会主义国家,“国家”这一职能更应得到充分地发挥。对此,我国2004年《宪法修正案》在第33条增加了“国家尊重和保障人权”条款,就是在国家根本大法中明确国家的这一功能,而这也是国家的一项义务。当然,这一条款中的“人权”绝对不是空泛的、整体意义上的人权,而是以每个人为权利主体的人权。

既然将“国家”视为人民统治的工具,那么,“国家”的存在必然要符合人民意志,而不能反过来成为压制人民的“绝对精神”。古典自由主义大师哈耶克曾提出:人们现在无法在极权国家与现代国家之间划出一条确定的界线,因为法律已变成立法者为达到自己目的而使用的“政治工具”。结果,国家这个以促进个性发展为目的的“功利性的装置”便演化成一种“道德制度”。^[81] 这一基于自由主义立场的看法,可以看作是对社会主义国家建设的“提醒”:建设社会主义国家过程当中,对“国家”的存在要有清醒的认识,否则,它完全有可能成为“反噬”其主人利益的手段。所以,如果使社会主义国家始终坚持其存在的目的,就要对国家职能及其权力范围进行合目的的设定。

国家的一切权力来自人民,就意味着,国家相对于人民而言就是第二位的。国家作为

[78] 转引自吴向东:《西方马克思主义的社会主义观》,《上海社会科学院学术季刊》2000年第4期,第26-27页。

[79] 参见[英]基思·福克斯著:《政治社会学》,陈崎等译,华夏出版社2008年版,第23页。

[80] 参见[德]齐佩利乌斯著:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第155页。

[81] 参见[意]萨尔沃·马斯泰罗内主编:《当代欧洲政治思想》,黄华光译,社会科学文献出版社1998年版,第55页。

人民统治的工具,维护人民的利益是绝对义务,而维护人民利益应落实到保护每个公民的利益。如果这一判断能够成立,那么,就会提出新的问题,一个国家能够放弃对其公民的保护吗?当然不能,除非这个公民主动放弃并投入另外一个国家或政治实体的保护。既然如此,国家对公民的保护与死刑之间就存在着不可调和的矛盾。死刑剥夺了人的生命,同时它也剥夺了被执行人作为一国公民的资格,刑法规定适用死刑要同时剥夺政治权利(刑法第 57 条)即同此理。适用死刑,就意味着国家单方面剥夺了公民的资格,同时也放弃了对该公民的保护。从这个意义上讲,国家违背了对其公民的义务。这种观点有着契约论的意味,对此,笔者并不否认。从马克思主义经典作家的论述看,也会运用契约来理解国家和人民的关系。^[82] 如果国家是人民统治的工具,那么,国家形成后所行使权力的根据,就是来自人民与国家间的契约,这一契约内容就是国家要为所有公民提供保护。公民个人并非这一契约的主体,但却是契约内容所保护的主体。对公民适用死刑,国家即违背了这一受契约保护的义务。

可能的疑问是,国家对其公民不能适用死刑,对外国公民或者无国籍人是否可以适用死刑呢?答案同样是否定的。一个国家对于处于其控制下的非公民具有临时性保护的职责,对此,可以从多个角度加以论证。从国家和公民的关系角度分析,国家对非公民的保护是为了换取其他国家对本国公民的保护,是一种互惠式的做法,只有这样才能最大限度地保护自己公民的利益。为了换取其他国家对自己公民不适用死刑的承诺,对于处于本国领域内的其他国家公民乃至无国籍人也不适用死刑。对这一问题的讨论,目前也只剩下了理论意义,因为在实践上,犯同样严重罪行的中国公民在国内被判死刑的概率要远高于国外。

总之,社会主义国家的基本职能是保护人民的利益,而死刑的存在与这一职能是相违背的。为确保国家基本职能的实现,应当废除针对公民的死刑。同时作为例外,按照人民民主专政理论,对于“敌人”仍保留适用死刑的可能性,结合刑法理论分析,就是向我国发动战争的罪犯,死刑仍是一个选项。

(五) 国家性质和职能抵触说的局限性

任何理论只有在限定的论域内展开才是有效的,本文提出的观点也是如此。这一观点的局限性有两个:一是它只能结合特定国家的国家学说予以展开;二是它只能置于特定的社会发展时期予以展开。

就第一个局限性而言,国家性质和职能抵触说,并没有从一般意义上去探讨“国家”的性质和职能,进而得出应否废除死刑的结论,因为“国家”的意义太过丰富,也存在不同认识。倘若在一般意义上谈“国家”应否废除死刑,当讨论 20 世纪以前的国家类型时,对这个问题根本不会有任何有说服力的答案。即便在今天,即便宪法和国际法能够给出“国家”的一般法律定义,也不可能抹杀不同国家的自我定位和性质设定上的显著差异。

[82] 恩格斯曾经说过:“德意志帝国,同一切小国家,同一切现代国家一样,是一种契约的产物:首先是君主之间的契约的产物,其次是君主与人民之间的契约的产物。”参见《马克思恩格斯全集》(第 22 卷),人民出版社 1983 年版,第 611 页。

只有定位在我国国家性质和职能的理论与实践这个范围内,讨论死刑存废问题,才可能得出死刑是否正当的结论。也就是说,不能在一个差异性明显的论域内讨论问题,只能在一个剔除差异性、存在共识的领域内讨论问题。文明抵触说、人权抵触说和宪法抵触说,就是在没有考虑或剔除差异性的情况下,试图做出一个具有共识性的判断,这在研究方法上是有问题的,其结论也难有说服力。在国家性质和职能抵触说的分析框架内,只有限定某一国家并结合其国家学说,才能得出死刑是否正当的结论。

就第二个局限性而言,对于一个国家来说,也不是在任何时期都能适用,只有处于稳定期时,这一观点才能形成说服力。就我国发展阶段看,在新民主主义革命和社会主义建设初期,存在着对立的政治群体,按照人民民主专政的理论,属于这一群体的人是专政对象,在这种情况下,对他们适用死刑并不违反这一理论,也是新政权生存发展的需要。进入社会主义建设稳定期之后,作为专政对象的“敌人”,是处于政治对立和军事对立的集团,而公民当然不是专政的对象,作为专政极端手段的死刑,自然应当予以废除。我国已经进入社会主义建设稳定发展阶段,在专政对象已经发生明显转变且国家主要职能是保护人民利益的情况下,废除死刑就是理所当然的了,当然,从人民民主专政理论的视角分析,对于针对社会主义国家存在的战争行为,对首要分子和实施严重危害的人仍保留了适用死刑的可能。

六 结 语

无论选择哪条废除死刑的理论路径,殊途同归,都是要论证死刑的不正当性问题。文明抵触说、人权抵触说和宪法抵触说,都有其合理之处,但总是难以形成压倒性的说服力。个中缘由,在于不同社会对文明、人权的理解存在差异,而各国宪法对基本权利的规定也存在差异,相应地对死刑问题就会有不同态度。可以说,如上三种学说难以形成压倒性说服力的原因,即在于不同国家和社会的差异性。如果考虑社会制度和意识形态问题,这种差异性会显得更为复杂。一位法国学者曾认为:“资本主义国家,也就是市场经济国家,比起提供不受任何限制的市场基础,更注重政治和公民权利。‘社会主义’国家——它们——就只是将经济、社会、文化权利放在首位——在他们看来,只有如此,才能为将来在所有的社会主义阵营内建立一种全球自由和自由人摆脱枷锁的制度诞生做准备。”^[83]这一看法难以反驳,迄今为止,所有社会主义国家都没有放弃死刑,除了前文提到的苏联的短暂实践。既然我们始终认为社会主义制度更为优越,那么,在政治权利和公民权利保障方面也更为优越。

以往有关我国宪法所确定的国家基本性质以及职能的论述,围绕阶级关系、经济结构等基本命题展开,而就社会主义国家与个人权利问题方面的论述比较匮乏。在谈及死刑问题时,更多地是就列宁和毛泽东在革命时期和社会主义建设初期对社会矛盾的论述来

[83] [法]卡雷尔·瓦萨克著:《人权的不同类型》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(四),中国政法大学出版社2001年版,第463页。

论证保留死刑的合理性。可以说,从人民民主专政的社会主义国家的角度,去探讨国家与个人的关系问题,尤其是如何看待公民生命问题的理论研究,目前处于空白状态。不过,这种理论研究现状并不意味着,这条理论路径无从开拓,实际上从马克思主义经典作家那里,完全可以认识到,社会主义国家的功能定位,就是保护人民的利益,并实现每个人的“自由发展”。显然,死刑的存在是违背这一基本定位的。所以说,当社会主义制度处于稳定发展期时,死刑的存在是与我国国家性质和职能相悖的,应当予以废除。这就是死刑废除的“国家性质与功能抵触说”。

在探寻废除死刑的理论路径同时,我国也存在废除死刑的实践路径探索,就是以废除死刑为绝对命题,将其视为一个不容否认的发展目标,进而通过实践上的努力来实现。例如,通过区分民意^[84]并不断地影响民意,最终形成废除死刑的多数民意,进而达到废除死刑的目标。又如,通过不断消减死刑罪名、减少实际适用死刑的规模、寻求死刑替代措施等,形成死刑适用不断消减的发展趋势,进而最终废除死刑。废除死刑的实践路径,当然是非常重要、受人尊敬的做法,不过,遵循这条路径前进,还是要回答“为什么要废除死刑”的问题。只有将废除死刑的理论路径与实践路径相结合,才能最终实现废除死刑的目标。

[**Abstract**] Currently, there are three main theoretical approaches to the abolition of the death penalty: the theory of inconsistency of the death penalty with the civilization, the theory of inconsistency of the death penalty with human rights, and the theory of inconsistency of the death penalty with the constitution. These approaches, although have provided useful arguments, are not convincing. This article provides a new approach to the abolition of the death penalty from the perspectives of the natures of the state, the social system and the state function and holds that the death penalty is inconsistent with the nature and function of the state, which is determined by the Chinese Constitution and mainstream political theories, and with the basic requirements of state and social construction in China at the current stage of development. This new approach is compatible with the basic idea of “free development of every individual” and conducive to clarifying the relationship between the citizen and the state in a socialist country that implements the system of people’s democratic dictatorship.

(责任编辑:王雪梅)

[84] 就是将真正的民意识别出来。