

死刑與基本法

趙燕芳*

趙國強* *

一、引言

衆所周知，死刑乃剝奪犯罪人生命之刑罰，因而又稱生命刑。死刑同刑法一樣，自古有之，源遠流長。中世紀以前，死刑在刑罰體系中佔有舉足輕重的地位，適用範圍非常廣泛。中世紀以後，隨着刑罰理論的演進，死刑的適用已逐步受到嚴格的限制；尤其是在現代刑法中，死刑一般只適用於危害極大的犯罪。一七六四年，意大利刑法學家具卡利亞在其名著《犯罪與刑罰》中提出了廢除死刑的理論，在以後的二百多年間，這一理論陸續被一些國家或地區的立法者所採納，繼而產生了廢除死刑的立法例。於是，圍繞着死刑的存與廢，刑法理論界展開了一場持久而激烈的論戰，至今仍衆說紛紜，難分勝負。可以說，死刑之存廢猶如刑法理論中的一個“哥德巴赫猜想”，將繼續困擾着衆多的學者和立法者。

在起草澳門特別行政區基本法的過程中，有關死刑的問題一直是一個熱門的話題和爭論的焦點。有人認為，根據葡國憲法第二十四條關於“在任何情況下均不設死刑”的規定，澳門歷來是廢除死刑的，起草基本法應當尊重這一事實，繼續寫明不設死刑，以確保原有的死刑政策在一九九九年後不會改變，使澳門居民的生命權利得到最充份的保障。然而，不少人則認為，近幾年來澳門的社會治安不斷惡化，居民的生命、財產得不到充份的保障，在這種情況下，基本法實在不宜寫明不設死刑。一九九九年後澳門究竟是廢除死刑還是保留死刑，應當由澳門特別行政區根據當時的實際情況自行作出決定。而事實上，至目前為止，澳門居民對死刑問題也並未形成一致的看法。

* 新華通訊社澳門分社法律研究部副部長

* * 新華通訊社澳門分社法律研究部法律專家

筆者認為，上述兩種意見的分歧焦點在於：前者是站在廢除死刑論的立場上，力主一九九九年後必須保持廢除死刑的政策；而後者是從社會發展的現實出發，希望一九九九年後由澳門人自己根據當時的情況來決定死刑政策。對此，筆者擬從有關死刑存廢的理論紛爭及其立法實踐的角度，就死刑政策之法律地位等問題，談幾點我們的看法。

二、廢除死刑是一項法制原則嗎？

法制原則一般是指法制社會必須嚴格遵循的某種法律規則。比如，法律面前人人平等和罪刑法定主義，就是兩項舉世公認的法制原則，絕大多數國家或地區的憲制性法律，均對其作了明確規定。但是，在死刑問題上，廢除死刑的政策却從來沒有被公認為是一項法制原則。究其原因，無外乎對死刑之存廢，理論上始終沒有達成一致的意見，分歧雙方的觀點甚至是截然對立的。關於這一點，我們只要簡單列舉以下幾個爭議雙方所引證的基本論據，就不難窺見一斑。

（一）關於死刑的性質

廢除死刑論者認為，死刑是野蠻時代血腥復仇的沿襲，這種“以牙還牙”“以命抵命”的同態復仇制度，是一種最古老、最落後的刑罰制度，也是對刑罰價值的否定。然而，保留死刑論者認為，死刑反映了社會正義的絕對觀念，符合罪刑相稱的刑法原則。對極少數罪大惡極的罪犯來說，死刑之除惡必盡既公正合理，並為社會道德所認可，也體現了現代社會等價觀念在罪刑關係中的折射，因而與古代的同態復仇不能相提並論。

（二）關於死刑的預防作用

廢除死刑論者認為，任何一種刑罰對犯罪都具有預防作用，而刑罰之預防作用的大小，主要取決於刑罰的及時有效性，它與刑罰的嚴厲程度不成正比。保留死刑，不意味着犯罪率會下降；廢除死刑，也不等於犯罪率會上升。相反，保留死刑不僅對那些“亡命之徒”不產生威懾力，而且會促使罪犯為逃避死刑而殺人滅口。為了說明這一點，兩名美國學者曾按月考察了一九〇七年至一九六三年間紐約謀殺率的變化情況，得出的結論是：每執行一起死刑，一個月後就平均增加二起殺人案。

然而，保留死刑論者認為，根據費爾巴哈的“心理強制說”理論，罪犯在實施犯罪之前，必然會對犯罪之“樂”和受刑之“苦”進行權衡。當其發現受刑之“苦”大於犯罪之“樂”時，便會在精神上產生遏制犯罪的意念。因此，既然求生避死乃人之本能，那麼，死刑之存在對那些意欲犯罪者來說，就具有其他刑罰所不可能產生的強大威懾力；否認死刑的特殊威懾力，是不符合一般心理常識的。至於“亡命之徒”，畢竟是極少數，不能由此推導出帶有普遍性的結論。為了論證死刑對犯罪的一般預防作用，美國一經濟學家運用經濟分析方法，也曾對美國一九三三年至一九七〇年間嚴重謀殺案的變化情況作了統計，得出的結論是：

每執行一起死刑，便可阻止七至八起謀殺案。此外，另一美國學者也對同一期間的美國殺人案進行了考察，得出的結論是：每執行一起死刑，便可遏制一百五十六起殺人案。

（三）關於刑罰的目的

廢除死刑論者認為，對罪犯處以刑罰的根本目的，不在於以惡報惡，而在於教育、改造罪犯，使其認識自己的罪惡，重返社會，成為社會的一員。死刑作為剝奪罪犯生命的刑罰，不可能具有教育、改造罪犯的作用，因而有悖於刑罰之目的理論。然而，保留死刑論者認為，刑罰之目的具有多重性和層次性，改造罪犯以及防止罪犯重新犯罪都是刑罰的目的。為此，有的學者指出，對那些最凶惡、最危險的罪犯來說，死刑乃是唯一有效的刑罰措施。即便是廢除死刑論的倡導者貝卡利亞，也承認剝奪罪犯再犯能力的有效性，是死刑賴以存在的重要原因之一。

（四）關於社會契約的內涵

廢除死刑論者認為，根據社會契約說，當公民通過契約形式，將自然狀態下的個人自由交給社會或國家，以求國家法律對個人權利和自由保障時，他為取得這種法律保障所付出的代價並不包括放棄自己的生命權。因此，國家法律對罪犯規定死刑，是違反社會契約說的。然而，保留死刑論者認為，社會契約說的真實含義是以權利交換的對等性為基礎的。公民只有將自己的生命權交與社會或國家，他才能獲得國家法律對個人生命權的保障。而國家法律之所以對嚴重犯罪規定死刑，也就是為了有效地履行社會契約，以便充份地保障守法公民的生命權，維護社會安全。

（五）關於憲法的實質

廢除死刑論者認為，很多國家憲法都有禁止酷刑的規定，這一規定實際上反映了憲法對生命權的實質性保護。在此情況下，對罪犯適用死刑，就違反了憲法的本質。然而，保留死刑論者認為，憲法對公民的人身、自由和財產等各項權利的保護都是有條件的，如對罪犯依法剝奪自由和財產，就不存在違憲問題，生命權同樣如此。其實，在許多學者和立法者看來，“酷刑”是相對於肉刑和刑罰執行方法而言的，與死刑本身沒有衝突。如日本立法者，就是將禁止酷刑的條文和允許依法剝奪罪犯生命的條文，同時並列於日本憲法之中。

（六）關於死刑的錯判

廢除死刑論者認為，在司法實踐中，法官對案件的審理通常會受到各種主觀或客觀因素的影響，最後裁決不可能永遠是正確的。一旦因法官錯判執行死刑，即使改判或平反昭雪，也無法使被錯判者起死回生。死刑的這一弊端，表明保留死刑很可能會導致剝奪無辜者生命的惡果。然而，保留死刑論者認為，任何一種刑罰都有利有弊，對某種刑罰價值的評判，應以利弊大小作評判的客觀標準。從全面來看，死刑之利顯然大於死刑之弊，故不能捨大求小。何況，通過完善立法及加強司法監督程序，死刑之錯判是可以避免的。

（七）關於刑罰的發展趨勢

廢除死刑論者認為，死刑由多到少，由少到無，這是整個刑罰制度逐步走向完善、走向文明的必然發展趨勢，因此，廢除死刑符合社會進步的客觀規律。然而，保留死刑論者認為，社會發展是一個極其漫長的過程，縱然廢除死刑是刑罰制度發展的必然趨勢，也不意味着現階段就應當廢除死刑。一個國家或地區究竟採用什麼樣的死刑政策，應以其面臨的社會現實，而不是以遙遠的將來為依據。如果立法者不顧社會實際的需要，冒然廢除死刑，只能助長犯罪氣燄。

綜上所述，死刑之存廢，實在是一個非常複雜的理論問題。概括地說，死刑之存廢不僅是一個涉及對極少數罪犯的生命予以保護的問題，而且也是一個涉及對更多的被罪犯殺害的無辜公民以及全體守法公民的生命如何進行有效保護的問題。二者之間何者為重，爭議雙方是“公說公有理，婆說婆有理”。在這種情況下，無論是廢除死刑還是保留死刑，都只能是一面之詞，不可能成為一項具有普遍性的法制原則。既然不是法制原則，而是一個極具爭議的刑事政策，那麼，憲制性法律不對其作明確規定，在立法上就是無可非議的。因此，筆者認為，澳門基本法作為未來澳門特別行政區的一個憲制法律，是沒有必要，也不應當就死刑存廢作硬性規定，這樣做既具有充份的法理依據，也符合一般的立法慣例。

三、澳門特別行政區有選擇死刑政策的權利嗎？

死刑存廢在理論上的分歧，對立法實踐也產生了非常大的影響，其具體表現就是死刑立法的不統一性。目前，世界各國或各地區所採用的死刑政策大致可以分為三類：一是大多數國家或地區，均對某些嚴重犯罪規定了死刑，唯獨在死刑的具體適用範圍上有所不同。如根據有的國家或地區的刑法，死刑適用於叛國、危害公共安全、謀殺、搶劫、強姦等重大犯罪及某些軍職罪；而根據有的國家或地區的刑法，死刑則只適用於叛國罪及戰爭時期的某些軍職罪。二是有的國家或地區，如比利時、土耳其、尼泊爾等國家的刑法雖對某些嚴重犯罪規定了死刑，但長期以來均未判過死刑或執行過死刑。三是有的國家或地區，如德國、奧地利、葡萄牙等國家，則是完全廢除了死刑。除此之外，死刑立法的不統一性在一個國家的內部也會表現出來。如美國共有五十二個州，其中三十八個州保留死刑，十四個州則廢除死刑。

筆者認為，各國或各地區的立法者在死刑政策上的各自為政，規定和實施的准則各異，充份表明死刑之存廢作為一項具體的刑事政策，完全是由各國或各地區的立法者根據本國或本地區的實際情況自行決定的。這裏講的實際情況，主要是針對本國或本地區的死刑觀念、犯罪狀況及民意取向而言的，尤其是犯罪狀況和民意取向的變化，往往會影響甚至改變原有的死刑政策。例如，美國在一九二九年至一九三三年陷入了經濟大蕭條時期，社會治安狀況不斷惡化，犯罪率急劇上升，致使這一時期成為美國歷史上適用死刑比率最高的時期。一九六五年以後的十年間，隨着美國經濟相對穩定，犯罪率變化不大，適用死刑的比率減少。於

是，鑑於社會上逐步揭起了一場否定死刑的刑事司法改革運動，美國聯邦最高法院遂於一九七二年六月，正式以死刑違反聯邦憲法修正案第八條關於“不得處以非常殘酷之刑罰”的規定為由，駁回了各州適用死刑的判決。但是，到了七十年代後期，美國凶殺案件又日趨上升，各州、司法界以及公眾輿論要求恢復死刑的呼聲此起彼伏，終於又迫使美國聯邦最高法院於一九七六年重新確認各州適用死刑的立法符合憲法。為此，美國聯邦首席大法官曾經指出：“在我國整個歷史中一直適用死刑。因此，當死刑仍被廣泛認可的時候，不能說它違背了憲法上的殘酷概念”。在死刑政策之變化方面，前蘇聯執政者的刑事立法更具有代表性。據資料記載，前蘇聯立法者曾於一九二〇年和一九四七年兩度廢除死刑，但迫於廢除死刑後犯罪狀況惡化，公眾要求恢復死刑的呼聲高漲，便導致前蘇聯立法者又不得不於一九二二年和一九五〇年兩次恢復死刑。

當然，筆者列舉上述事實，本意非指犯罪率上升就應當恢復死刑，更無意於就死刑之存廢本身作出評價。筆者想着重指出的僅僅是：由於死刑之存廢在理論上缺乏共識，因此，一個國家或地區採取什麼樣的死刑政策，必須從本國或本地區的實際情況出發，誰也不能將“保留死刑”或“廢除死刑”看成是一種絕對正確的原則，更不能將自己的死刑政策強加於他人。無論是保留死刑的國家或地區的立法者，還是廢除死刑的國家或地區的立法者，都應當相互承認對方完全享有自行選擇死刑政策的權利，並尊重對方所採用的死刑政策。對死刑之存廢來說，這是一條已為各國或各地區普遍認可和遵守的重要原則。

如果我們從上述重要原則出發，就可以進一步發現，在澳門基本法中不規定死刑政策，不僅與死刑存廢應根據各地實際情況自行決定這一原則相一致，而且還具有一層更重要的實質性內涵，這就是賦予了未來澳門特別行政區自行選擇死刑政策的權利。

筆者認為，未來澳門特別行政區之所以應當享有決定死刑政策的權利，首先固然與死刑政策之複雜性密切相關，但關鍵還是在於澳門地區政治地位的轉變。例如，在現階段，由於澳門仍屬葡萄牙管治，並受葡國憲法制約，因此，在死刑問題上，澳門地區本身是無選擇權的。然而，根據中葡聯合聲明的規定，一方面，中國政府將於一九九九年十二月二十日起對澳門恢復行使主權，屆時澳門地區作為中國的一個特別行政區，與葡萄牙完全脫離關係。另一方面，澳門特別行政區雖直轄於中央人民政府，但它畢竟是一個實行高度自治的區域，對內部事務享有獨立的行政、立法和司法權，其中包括確定死刑政策的刑事立法權。由此可見，就死刑政策而言，未來的澳門特別行政區享有充份的自主權，無論是中央人民政府還是葡萄牙政府，都沒有權利強迫澳門地區接受保留死刑或廢除死刑的政策。一九九九年後澳門地區採用什麼樣的死刑政策，將成為它內部的立法事務，最終由澳門特別行政區立法機關根據自身的法律觀念、當時的社會狀況以及具有代表性的民意取向，作出適當的選擇。

有人說，廢除死刑在澳門已有一百多年的歷史，它是葡萄牙刑法的一項重要原則，在葡國憲法中也有明確規定。所以，澳門基本法不寫明廢除死刑，有悖於“法律基本不變”的精神。對這種觀點，筆者是難以苟同的。

第一，如前所述，死刑之存廢一直是一個極具爭議的刑事政策問題，任何一個國家或地區的立法者，都有發表意見和作出選擇的權利。葡萄牙立法者站在廢除死刑論的立場上，將廢除死刑看成是刑法的重要原則，並將其憲法中明示和在其管治下的澳門地區予以實施，這都是它的權利。然而，他們所堅持的廢除死刑的觀點和做法僅僅是“一家之說”，它既不能將廢除死刑上升為法制原則，更不應當迫使他人接受自己的觀點和做法。一九九九年後，澳門特別行政區已不屬葡萄牙管治，並享有獨立的刑事立法權，它自然有權加入關於死刑存廢的討論，有權根據本地區的實際情況自行作出決定。既然如此，在澳門基本法中規定廢除死刑，就意味着澳門特別行政區立法機關將喪失其本應享有的選擇死刑政策的權利。

這樣的規定有違情理與法理，因為根據中葡聯合聲明的規定，未來的澳門特別行政區既然有權制定經濟、文化、教育等基本政策，難道對一項非法制意義上的刑事政策就無權作出選擇？

第二，在澳門基本法中不對死刑作出規定，根本宗旨僅在於使未來的澳門特別行政區有權就死刑問題選擇其認為合適的做法，而並非是通過基本法來改變現行的死刑政策。這就是說，未來的澳門特別行政區可以是繼續實行廢除死刑的政策，也可以是採用保留死刑的政策，究竟採用何種死刑政策，決定權在澳門特別行政區立法機關手中。因此，澳門基本法不寫死刑，並不意味着將來要恢復死刑，與“法律基本不變”絲毫沒有抵觸之處。況且，法律的穩定性都是相對的，任何一項立法工作，都必須以社會實際情況為基本依據。情況變了，社會發展了，法律也應當跟着變，跟着發展，這是一條最基本的立法規則。所以，對未來的澳門特別行政區立法機關來說，它的日常運作就是根據社會的發展變化來制定新的法律，以及修改、補充甚至廢除舊的法律。如果澳門基本法把什麼都定了，客觀上就會束縛澳門特別行政區立法機關的手腳，使其在立法上處於被動狀態，這不利於澳門社會的穩定和發展。死刑政策不是同樣如此嗎？

四、新《澳門刑法典（草案）》有必要 規定“在任何情況下均不設死刑”嗎？

據報載，在由葡國法律專家起草的新《澳門刑法典（草案）》中，起草者設立了一個專條，規定“在任何情況下均不設死刑”。這一充滿憲制性法律語氣和具有絕對排他性的條款，引起了澳門社會各界人士的關注。在澳門基本法蘭州專題小組會議上，居民的基本權利和義務專題小組召集人王叔文先生也曾向新聞界表示，該專題小組已就此事進行了討論，並認為在新的澳門刑法典中，可以廢除死刑，但不能寫“在任何情況下均不設死刑”，否則將澳門基本法相抵觸。

看來，在起草和討論新的澳門刑法典過程中，有關死刑問題，又會成爲一個極富爭議的話題。

然而，這一爭議的產生，與死刑之存廢本身同樣沒有關係。因為在新的澳門刑法典可以廢除死刑這一點上，爭議雙方看法一致，他們的分歧僅僅在於：新的澳門刑法典爲了達到廢除死刑這一目的，是否一定要明確規定“在任何情況下均不設死刑”。

對此，筆者認爲是很有必要從立法技術的角度作一番考察的。

對大陸法系的國家或地區來說，死刑作爲一種刑罰，其存廢必然要在刑法典中表現出來。至於表現的方式，一般無外乎在刑罰種類的條款中規定死刑或不規定死刑。例如，根據《西班牙刑法典》總則第三集第二章“刑罰分類”的規定，西班牙的刑罰分爲重刑、輕刑和附加刑三類，其中重刑又分爲死刑、監禁刑、剝奪權利等刑罰，這種規定方式就意味着《西班牙法典》是保留死刑的。反之，根據《瑞士刑法典》總則第三章第一節“各種刑罰及處分”的規定，瑞士的刑罰分爲監禁刑、罰金刑和附加刑三類，其中最重的刑罰爲二十年監禁刑，但法律另有特別規定的，可延長爲終身監禁刑。這種規定方式就意味着《瑞士刑法典》是廢除死刑的。由此可見，無論是保留死刑的國家或地區還是廢除死刑的國家或地區，當其立法者意圖在刑法典中體現自己的死刑政策時，是無須設立專條來特別規定“設死刑”或“不設死刑”的，他們一致的做法僅僅是在有關刑罰種類的條款中寫上死刑或剔除死刑，如此而已。即便是葡萄牙刑法典，包括目前仍在澳門生效的一八六六年《葡萄牙刑法典》和現在葡萄牙生效的一九八二年《葡萄牙刑法典》，也概不例外，從中找不到關於“在任何情況下均不設死刑”的專門條款。

綜上所述，筆者認爲，從死刑本身的地位和一般的立法慣例出發，新的澳門刑法典應當像葡萄牙刑法典一樣，通過在刑罰種類中剔除死刑的立法方法來廢除死刑，而沒有必要“標新立異”，增設規定“在任何情況下均不設死刑”的條款。這樣做不僅與葡國憲法關於“不設死刑”的規定不相違背，而且也可以避免產生不必要的爭議。

至於新《澳門刑法典（草案）》的起草者爲何要在這個刑法典草案中寫上“在任何情況下均不設死刑”看來是有其不言而喻的原因的。例如，有人說，葡萄牙刑法典不寫“在任何情況下均不設死刑”，主要是受制於葡國憲法已經有了這樣的規定。但是，一九九九年後，葡國憲法將在澳門自動失效，代之而起的是澳門基本法。現在，既然澳門基本法（草案）沒有像葡國憲法那樣寫明“在任何情況下均不設死刑”，那麼，爲了確保廢除死刑的政策在一九九九年後不會改變，就只能在具有延續性的新的澳門刑法典中明確規定“在任何情況下均不設死刑”。這一考慮恐怕是新《澳門刑法典（草案）》起草者要在該草案中寫上“在任何情況下均不設死刑”的“不言而喻”的原因了。

對此，筆者已覺得無須贅言。但值得強調的是，基於這種考慮而進行的立法，最終會造成這樣一個客觀事實：未來的澳門特別行政區立法機關將全盤接受葡萄牙立法者在死刑政策上的觀點和做法，喪失對死刑之存廢發表意見和作出選擇的應有權利。關於這一點，筆者在前面已就死刑存廢的理論和立法實踐作了較全面和客觀的考證，相信讀者會找到正確的答案。

五、結語

總括而言，筆者在前面所作的大量闡述和論證，根本目的無非是想說明這樣一個事實，即死刑之存廢在法理上存在着很大的分歧，至今尚無定論；因此，無論是廢除死刑論者還是保留死刑論者，都不能將自己的觀點視爲唯一正確的理論。至於在立法實踐上，爭論雙方都應當相互尊重對方選擇死刑政策的權利，決不能因爲自己是採納廢除死刑或保留死刑的觀點，就一定要要求對方也必須效而仿之。這不僅違背法理，而且也是對他方內政的干預。

在死刑與澳門基本法的關係問題上，儘管基本法並無對死刑存廢這個極富爭議的問題作出明確規定，而是從高度自治出發，將這個問題留待未來的澳門特別行政區立法機關自行決定。但筆者相信，未來的澳門特別行政區立法機關肯定會對這個問題持非常慎重的態度，不會貿然地、輕率地改變澳門原有的死刑政策，所以，實無必要對基本法不寫死刑抱有憂慮。

參考書目與刑法典

- ①貝卡利亞：《論犯罪與刑罰》
- ②盧梭：《社會契約論》
- ③甘雨沛、何鵬：《外國刑法學》
- ④邱興隆：《刑罰學》
- ⑤《西班牙法典》
- ⑥《德國刑法典》
- ⑦《瑞士刑法典》
- ⑧《意大利刑法典》
- ⑨《奧地利刑法典》
- ⑩《巴西刑法典》
- (11) 一八六六年《葡萄牙刑法典》
- (12) 一九八二年《葡萄牙刑法典》