

死刑的废止不需要终身刑替代

张明楷*

内容提要：终身刑与无期徒刑并非等同概念；终身刑是侵害人格尊严、比死刑更为残酷的惩罚方法，不应成为死刑的替代刑；死刑的削减与废止不依赖于终身刑的设置；终身刑未具备刑罚的正当化根据，无助于刑罚体系的完善，没能顺应刑罚的发展趋势，不符合行刑的合理目标，因而不应成为一种刑罚措施；当前，我国应当在削减与废止死刑立即执行的同时，合理运用现行刑法规定的死缓与无期徒刑。

关键词：死刑 替代刑 终身刑 无期徒刑

一、死刑与替代刑

在世界范围内，由于假释制度的普遍运用，被判处无期徒刑的人，一般经过10~15年的服刑，就被释放，此即普通无期徒刑。即使是重无期徒刑，经过20年左右服刑也可能假释。“因此，无期徒刑实际上表现为不定期刑。”〔1〕

终身刑，一般是指将犯人终身关押在监狱的刑罚方法，包括绝对终身刑与相对终身刑。前者指不得假释的终身刑；后者指经过很长时间（如25年或者30年）的服刑才能假释的终身刑。美国没有与中国、日本等国的无期徒刑相当的概念。现在，美国约有33个州和哥伦比亚特区以及联邦采用没有假释的终身刑（Life Sentence Without Parole），14个州采取至少服刑25年才能假释的终身刑（Life Sentence With Parole）。〔2〕不难看出，可以假释的终身刑大体等同于重无期徒刑。

显然，没有假释的终身刑，明显不同于无期徒刑；即使是有假释的终身刑，其应当执行的刑期，也远远长于无期徒刑。概言之，终身刑与无期徒刑并非同一概念。〔3〕

刑罚演进的历史与趋势表明，死刑必然被废止。死刑存废之争，只是何时废止死刑之争。在废止死刑的过程中，是否需要设置终身刑以替代死刑，是刑法理论长期争论的问题。

在假释制度尚未形成的1764年，贝卡里亚就主张以终身刑替代死刑。在他看来，终身刑比死刑更痛苦、更富有效果。〔4〕出生于1764年、被誉为美国最伟大的刑罚学家的利文斯顿（E. Liv-

* 清华大学法学院教授。

〔1〕〔德〕Güther Kaiser:《犯罪学》，山中敬一译，成文堂1987年版，第165页。

〔2〕参见〔日〕菊田幸一:《死刑废止に向けて——代替刑の提倡》，明石书店2005年版，第266页。

〔3〕本文所称终身刑，既包括绝对终身刑，也包括相对终身刑。文中的终身刑有时可能仅指绝对的终身刑，有时可能包括二者。

〔4〕参见〔意〕贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第46、137页。

ingston) 同样反对死刑, 也认为犯有死罪的人不该重返社会。他建议“在一个单独的小牢房里进行终身监禁”; 牢房的题字包括如下内容: “他在世上已死去, 这间牢房就是他的坟墓。”〔5〕

与此相反, 边沁虽然反对死刑, 但不赞成贝卡里亚以终身刑替代死刑的观点。〔6〕法国著名监狱学家与政论家卢卡斯 (C. Charles) 在 19 世纪 20 年代坚定地站在废除死刑的立场。“他之所以对监狱改革问题感兴趣, 就是因为他一直在寻找一种死刑的‘替代刑’。”但是, 他反对终身刑, 因为在他看来, “过长地囚禁一个不再有危险性的人”与“交还给社会一个仍有危险性的人”都是错误的。〔7〕

日本刑法规定了死刑与无期惩役、无期监禁, 在废止死刑时应否增设终身刑, 是刑法学界争论的课题。例如, 持肯定说 (少数说) 的菊田幸一指出: “具体采用什么样的终身刑, 还应进一步研究, 但可以预定阶段性的变迁: 第一阶段是可以选择死刑、没有假释的终身刑、无期惩役 (日本的现行法) 三种刑罚, 其次的阶段是选择没有假释的终身刑与无期惩役, 再次是终身刑经过 20~25 年后也允许假释的阶段。”〔8〕持否定说的团藤重光则极力反对终身刑, 他指出: “使犯罪人完全丧失希望的做法, 与我主张的人格形成的无限可能性的见解不相容。李斯特也讲过, 这样的终身刑比死刑更残酷。我认为, 废除死刑时可以替代死刑的最高刑, 只能是现行法规定的无期惩役、无期监禁。”〔9〕有的学者不仅否认终身刑, 而且否认重无期徒刑。〔10〕

近年来, 我国刑法理论极力倡导削减乃至废止死刑, 替代刑也成为理论界讨论的问题。

哲学界有学者指出: “我支持取消死刑; 但是要求另一种极端惩罚, 即一种剥夺各种生活乐趣的永不赦免的无期徒刑。……考虑到人道主义问题, 剥夺生命的惩罚可以被代替为剥夺生活的惩罚。生命与生活是两个概念, 如果不应该以剥夺生命作为惩罚, 就必须以剥夺生活作为惩罚。否则, 拿什么去平民愤? 可以说, 死刑是不必要的, 但一种终结生活的惩罚是必需的。”〔11〕

法学界有学者指出: 我国刑罚体系的结构性缺陷是, 死刑过重、生刑过轻。“在严格限制死刑适用的前提下, ……应当加重死缓和无期徒刑的处罚力度。被判处死缓的, 原则上关押终身。个别减刑或者假释的, 最低应关押 30 年以上。被判处无期徒刑的, 多数应关押终身。少数减刑或者假释的, 最低应关押 20 年以上。有期徒刑的上限提高到 25 年, 数罪并罚不超过 30 年。通过加重生刑, 从而为死刑的减少适用创造条件。”〔12〕还有学者提出了如下立法建议: “无期徒刑服刑人, 在执行期间, 服刑 5 年以后, 可以减刑。确有悔改表现并有立功或者立大功表现的, 减为 25 年以上 30 年以下有期徒刑。经过多次减刑, 实际执行的刑期不得少于 20 年。”〔13〕

一方面, 上述学者们提倡的“永不赦免的无期徒刑”、“关押终身”, 实际上是一种不同于无期徒刑的终身刑; 另一方面, 终身刑大体是作为死刑替代措施而得以提倡的。是否需要改造现有的自由刑, 以终身刑替代死刑, 是一个重大问题, 需要谨慎对待。本文的观点是: 我国在削减和废止死刑的过程中, 不需要也不应当设立替代死刑的终身刑。

〔5〕 H. Mannheim, *Pioneers in Criminology*, 2nd, Patterson Smith, 1972, p. 81.

〔6〕 参见 [英] 杰里米·边沁: 《死刑及其考察》, 载邱兴隆主编: 《比较刑法》第一卷, 中国检察出版社 2001 年版, 第 107 页以下。

〔7〕 前引〔5〕, H. Mannheim 书, p. 149; p. 145.

〔8〕 前引〔2〕, 菊田幸一书, 第 275 页。

〔9〕 [日] 团藤重光: 《死刑废止论》, 有斐阁 2000 年版, 第 323 页。

〔10〕 参见 [日] 吉川经夫: 《刑法改正 23 讲》, 日本评论社 1979 年版, 第 115 页。

〔11〕 赵汀阳: 《与死刑不同的惩罚》, 《新京报》2005 年 2 月 6 日第 A3 版。

〔12〕 陈兴良主编: 《宽严相济刑事政策研究》, 中国人民大学出版社 2007 年版, 第 20 页。

〔13〕 马克昌: 《“宽严相济”刑事政策与刑罚立法的完善》, 《法商研究》2007 年第 1 期。

二、终身刑与死刑废止

削减或者废止死刑是否以设置相应的替代刑为前提，以及设置终身刑是否有利于削减或者废止死刑，是首先需要讨论的问题。

（一）废止死刑是否需要替代刑？

刑罚是一种痛苦。这种痛苦是以同时代的一般人的价值观念为基准衡量的。一方面，不被同时代的一般人认为是痛苦的措施，不可能成为刑罚方法；另一方面，以往得到一般人认可的刑罚，现在被认为属于不必要的痛苦（过于残酷）时，就必须废止，而不以设置另一替代刑为前提。例如，身体刑虽然具有悠久的历史，但各国在废除身体刑时并没有寻找替代身体刑的措施。从刑罚发展史看，刑罚总是朝着轻缓的方向发展，其标志是废除当时被认为最残酷的、最不人道的刑罚（可能同时增加相对轻微的刑罚）。然而，如果在废除最残酷刑罚的同时，增加一种残酷程度相当的刑罚，就意味着刑罚永远不能或者难以轻缓，这便不符合刑罚的发展趋势。

既然认为死刑不必要、不人道，大幅度削减乃至废止死刑即可，没有必要寻找死刑的替代刑。因为“替代”死刑的方法，必然与死刑相当甚至更为残酷。执行死刑对罪犯而言虽然是强烈的痛苦，却是一个短暂的过程；而执行终身刑需要相当长的过程，受刑人持续地遭受强烈痛苦。贝卡里亚坦言：“我们的精神往往更能抵御暴力和极端的但短暂的痛苦，却经受不住时间的消磨，忍耐不住缠绵的烦恼，因为它可以暂时地自我收缩以抗拒暴力和短暂的痛苦。然而，这种强烈的伸缩性却不足以抗拒时间与烦恼的长期和反复的影响。……有人说，终身苦役同死刑一样也是痛苦的，所以，它同样是残酷的。我认为：如果把苦役的受苦时间性加在一起，甚至是有过之而无不及。”〔14〕由此看来，终身刑并不比死刑轻缓。“确切地讲，终身监禁也是一种死刑，一种‘分期’执行的死刑，它损害了犯人的个性。”〔15〕换言之，终身刑是在用时间慢慢葬送一个活着的犯人。在此意义上说，以终身刑替代死刑，只不过是使用一种死刑（甚至更为残酷）替代另一种死刑。

维护人的人格尊严，是法秩序的最高要求，也是最基本要求。“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。”〔16〕对人的污辱，是对人的尊严的严重侵犯。“现在在所有伦理家、法学家之间有一种共识，他们认为酷刑是不能容许的，不仅仅因为它使人痛苦，还因为它污辱人。”〔17〕终身刑不仅给犯人造成终身痛苦，而且是一种“终结生活的惩罚”。让一个犯人“活着”，却又让他终身没有“生活”，让他终身只能像动物一样存在，让他没有活得稍微好一点的希望与可能，直至死亡，这是对犯人的最严重污辱。不能认为，在所有刑罚中，只有死刑涉及人道主义，终身刑与人道主义无关；没有理由认为，只要让犯人活着，保留犯人“没有生活的生命”，就是符合人道主义的。“尊重人的尊严也意味着，法也要尊重人作为有智慧的动物使其有可能自己塑造他的生活，由他个人来决定他人的生活。”〔18〕就服刑的犯人而言，必须使其具有实现其目的的希望，使其能够通过自己的努力达到一定目的。惟此，才是对犯人的尊重。终身刑导致犯人没有任何希望，没有达到目的的可能，因而严重侵害了犯人的尊严。

或许有人认为，让犯有死罪、罪该处死的人终身活在监狱，是对他的仁慈。但是，其一，既然认为死刑存在严重缺陷、应当废止，就不应当再有“犯有死罪”、“罪该处死”的观念。其二，为了犯人

〔14〕 前引〔4〕，贝卡里亚书，第47页以下。

〔15〕 [德] 汉斯·约阿希姆·施奈德：《犯罪学》，吴鑫涛、马君玉译，中国人民公安大学出版社、国际文化出版公司1990年版，第984页。

〔16〕 《公民权利和政治权利国际公约》第10条。

〔17〕 杜小真编：《利科北大讲演录》，北京大学出版社2000年版，第27页。

〔18〕 [德] H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第155页。

的利益而对犯人施加的惩罚与脱离正义的仁慈,反而更为残忍。因为“那些为了我们自己的利益而折磨我们的人,会把这种折磨永无止境地进行下去,因为他们的做法得到了自己良心的赞许。”〔19〕终身刑正是一种残忍的“仁慈”。

不可否认,终身刑具有挽救误判的可能性。就此而言,终身刑优于死刑。但是,对任何业已执行的刑罚的挽救,都只是相对的甚至是没有意义的。例如,对于已经执行了徒刑的人,无法挽救其已丧失的自由。另一方面,具有挽救误判的可能性,不足以成为一种惩罚措施的存在根据。随着医学的发达,身体刑也会具有挽救误判的可能性,但身体刑已经一去不复返。况且,误判尤其是对极为严重犯罪的误判,只是极少数,刑事立法不能以罕见情形为根据。

根据法国哲学家利科(P. Ricoeur)的观点,西方国家废除死刑是出于两个原因:第一“是给犯人一个未来”;第二是“国家的自制”,即“国家禁止自己对犯人使用同样的暴力”。〔20〕我们同样能够基于这两点反对终身刑:第一,终身刑没有给犯人一个未来与希望;第二,国家应当自制,不用终身刑这种残酷的方法对待犯人,是国家权力上的进步、道德上的进步。

如果单纯从替代刑的角度而言,可以找出无数比死刑更为残酷的刑罚方法。例如,使犯有重罪的人丧失听力、视力、语能和双手,并且不予关押,由其家属照顾。这种惩罚方法,可以有效地实现特殊预防,能够满足被害人的报复感情。然而,任何国家都不会设置这种刑罚,因为侵害身体的肉刑残忍地侵害了犯人的尊严。死刑既然是侵害身体的终极形态,我们就应无条件地削减和废止死刑。

削减或者废止死刑,象征着社会的进步。如果进一步时又退一步,就意味着没有进步;倘若进一小步时退一大步,则意味着倒退。钱穆先生在谈到善恶问题时指出:“从前人类并不承认杀人是恶,渐渐人类要承认杀人是恶,将来人类终将承认杀人是恶,而且成为一种无条件无余地的赤裸裸的大恶。……杀人也是人类在没有更好办法之前所选的一种办法呀。人类在无更好办法时来选择杀人之一法,这也已是人类之自由,所以那里也不算它是一种恶。幸而人类终于能够提供出比杀人更好的办法来。有了更好的办法,那以前的办法便见得不很好。照中国文字的原义讲,恶只是次一肩的,便是不很好的。若人类提供了好的办法,能无限进展,则次好的便要变成不好的。”〔21〕在当今社会,完全有比终身刑更好的方法(如可以减刑、假释的无期徒刑),在削减与废止死刑的过程中增加终身刑,是在增加善的同时增加一种相当甚至更重的恶,并不意味着进步。

人,其实是很脆弱的。即使是极为凶狠的犯人,在强大的国家机关面前也十分脆弱。“任何被拘禁者,都不可能在其人格不遭受重大障碍的情况下忍耐15年以上的拘禁,这在今天已是不争的事实。其后他所剩下的并不是真正的生存,只不过是苟延残喘的人的空壳。因此,可以说,正确的结论只有一个,在废止死刑的同时,也必须废止终身自由刑。……将终身自由刑作为死刑的替代物,是想通过第二个错误修正第一个错误,这违反了所有的逻辑。”〔22〕在刑法规定了无期徒刑与死缓制度的我国,死刑立即执行的废止,虽然不是简单的,但应当是纯粹的、彻底的。

(二) 终身刑是否有利于废止死刑?

主张将终身刑作为死刑的替代刑的最大理由之一是,终身刑有利于减少和废止死刑。美国1991年的一项调查表明,若采用经过25年才能假释的终身刑,死刑的支持率为56%;若采用不得假释的终身刑,死刑的支持率为49%;若采用经过25年才能假释的终身刑且附加赔偿金的制度,

〔19〕 C·S·利维斯语,转引自〔美〕詹姆斯·P·斯特巴:《实践中的道德》,李曦、蔡蓁等译,北京大学出版社2006年版,第521页。

〔20〕 前引〔17〕,杜小真编书,第24页以下。

〔21〕 钱穆:《人生十论》,广西师范大学出版社2004年版,第20页。

〔22〕 〔德〕Arthur Kaufmann:《转换期的刑法哲学》,上田健二监译,成文堂1993年版,第262页以下。

死刑的支持率为 44%；若采用不得假释的终身刑且附加赔偿金的制度，死刑的支持率为 41%。^[23]这似乎表明，设置终身刑可以减少死刑的支持者，从而有利于废止死刑。我国司法实践中的个案好像也能证明这一点。例如，被告人的罪行并不足以判处死刑立即执行，但被害人家属以上访、自杀等相威胁，强烈要求判处被告人死刑立即执行。司法机关想千方、设百计，希望被害人家属认可法院的公正判决，被害人家属最终只能接受终身关押被告人的判决。这种事例给人们的印象是，终身刑有利于减少死刑。但本文认为，终身刑的这一“优点”，并不能成为设置终身刑的理由。

美国的统计资料，基本上是以死刑支持者为舆论调查对象的。这些被调查者原本就支持死刑，在向他们提出类似于死刑的替代刑时，他们当然可能赞成替代刑。换言之，他们对死刑的态度转变得如此迅速，并不是因为调查者用什么理由说服了他们，使他们对死刑本身持反对态度，而是因为没有假释的终身刑类似于死刑，甚至更能满足他们的报复欲望。

舆论调查的结果之所以总是显示赞成死刑与终身刑的占多数，是因为被调查者是没有犯罪的人，发达的媒体对犯罪的频繁报道，使他们仅仅想到自己有朝一日可能成为被害人，而不会想到自己有朝一日可能成为犯罪人，进而也可能被判处死刑与终身刑。换言之，赞成死刑与终身刑的人，往往只是现实的与想象中的被害人、被害人的家属。在此意义上说，这种调查结论永远是不真实的。此外，调查者并没有向被调查者说明终身刑的缺陷，使得被调查者单纯地从能否满足自己报复感情得出结论。倘若调查者说明终身刑的缺陷，相信被调查者中赞成终身刑的比例会减少。况且，在我国，社会公众并没有呼吁增设终身刑，故难以认为设置终身刑有利于削减与废止死刑。退一步说，即使社会公众主张设置终身刑，刑事立法也不能据此设置终身刑。“没有哪一个明智的民主人士会说，大多数人总是正确的。如果 49% 的人可能会错，那 51% 的人也会错。”^[24]死刑的废止是如此，终身刑的设置与否也是如此。既然学者们可以不顾及多数人的反对而主张削减乃至废除死刑，就不宜以多数人赞成终身刑为由主张设置终身刑。

死刑的削减与废止是否需要终身刑替代，与如何认识和对待被害人的报应感情密切相关。显然，仅以个案为根据得出结论是不合适的。(1) 人的报应感情并非固定不变，而是逐渐衰退的。在被害当时报复欲望十分强烈的人，时过境迁之后，即使加害人未受刑罚处罚，也可能与加害人和好。而在加害人经过 10 年以上的受刑后，被害人的报复欲望能够得到满足，其报应期待已经实现。所以，即使为了满足被害人的报应感情，也不需要让犯人终身服刑或者服刑 30 年左右。(2) 个案中的被害人及其家属的感情并不具有普遍性。在许多场合，被害人更需要得到精神安慰与某种帮助，而不一定是报复。德国学者对被害人的问卷调查表明，“他们首要的不是需求报仇或者报应，而是需要一个倾诉的对话者，这个对话者要全面理解并耐心地倾听他们的诉说，向他们表示安慰和同情；当需要支持的时候，随时为他们提供帮助。”^[25]立法机关在斟酌刑罚体系时，既不能以满足少数被害人的感情为目的，也不能仅看到被害人的表面情感，而应尊重多数被害人的真实需要。如果这样思考，就会发现，终身刑并不能给被害人带来利益，并不是对被害人感情的真实满足。(3) “历史地看，被害人视角中的‘报应’侧面与‘恢复’侧面是并存的，但在国家刑罚权的生存过程中，只是延续了‘报应’侧面，而忘掉了‘恢复’侧面。……各国对被害人实态的调查证实，被害人对挽回损害的希望大于处罚犯人的希望。处罚感情的强化，正是国家轻视被害人‘恢复’感情的结果。”^[26]然而，与死刑一样，终身刑与被害人的恢复是完全对立的。一旦国家将被害人的恢复侧面作为第一志向，就不可能单纯为了满足被害人的处罚感情，而设置终身刑。所以，国家对于有强

[23] 前引 [2]，菊田幸一书，第 270 页以下。

[24] [美] 彼得·辛格：《实践伦理学》，刘莘译，东方出版社 2005 年版，第 296 页。

[25] [德] 海因茨·舍许：《死刑的被害人学视角》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 21 卷，北京大学出版社 2007 年版，第 155 页以下。

[26] [日] 高桥则夫：《被害者の視点からの死刑废止论》，《法学セミナー》1993 年第 466 号，第 44 页。

烈报应感情的被害人，应当从物质与精神两个方面伸出援助之手，从而缓和被害人的报应感情，并且使被害人得到真正的恢复。这才是对被害人的最有效保护。

不可否认，我国的个案表明，采用终身刑可以减少废止死刑的障碍。但是，以被害人的强烈要求为根据设立终身刑或者不对服刑人依法实行减刑与假释，存在更大的危害。首先，在此问题上，人们无形中扩大了被害人的概念与被害结果的范围。例如，就故意杀人罪而言，人们常常着眼于死者家属的精神痛苦与二次被害。于是，家属的精神痛苦成为判处被告人死刑或者终身刑的重要根据。“但是，这样的‘被害’与‘被害人’概念的扩散，不仅危害法治国家的保障，而且使刑法私事化，使刑罚与私人的复仇的区别模糊。例如，从法益保护的观点来看，杀人罪的处罚根据到底应从侵害生命本身去寻找。将遗族包括在‘被害人’中使遗族感情成为刑罚的正当化根据的做法，容易导致至少部分杀人罪变成了对感情的犯罪。从遗族感情的见地来看，对于杀害有家族的人、被周围爱的人，与杀害没有家庭的人、被周围嫌弃的人，在法的评价上便不同，但这样的结论反而意味着轻视生命。”〔27〕其次，一个完全或主要由被害人及其家属左右的刑事司法，是十分令人担忧的。一方面，由被害人及其家属左右的司法，损害判决的客观公正性。“法庭不是代议机构。……它们的本质特征是建立在独立性基础之上的客观性。历史教育我们，当法庭卷入时代的激情，并承担首要的责任以在相互竞争的政治、经济和社会压力之间进行选择时，司法独立就受到了危害。”〔28〕法院越是为了防止被害人上访、闹事而科处被告人重刑，越是丧失了其独立性，越难以实现客观公正的司法，而且只能形成恶性循环。另一方面，由被害人的报复感情左右司法判决，会损害法的正义性与安定性。因为越是顾及被害人及其家属的不正当报复感情，就越容易为了达到一个特定的结果而歪曲法律、破坏法律。

之所以难以削减与废止死刑，就在于民众处于对罪犯“处以死刑的狂热”之中。既然如此，主张削减与废止死刑的人士，就需要使民众认识死刑固有的缺陷，了解死刑并不能抑止犯罪，从而使民众内心里不赞成死刑，而不是通过采用另一种残酷的终身刑以满足民众的报复欲望。在民众内心强烈赞成死刑的情形下，用终身刑勉强使民众减少对死刑的狂热的做法，其效果不可能长久。一旦发生恶性案件，民众要求死刑的呼声必然高涨。

正因为如此，废止死刑的国家，并没有以终身刑替代死刑。例如，1981年9月10日，法国的法律委员会就废止死刑的法律草案举行会议。有的委员虽然赞成废除死刑，“却提出了一项修正案，旨在表决在废除死刑的同时设置一种终生监禁刑罚。这一修正案被驳回。”〔29〕根据法国现行刑法第132—23条第2款与现行刑事诉讼法第729条第3款的规定，无期徒刑经过15年的执行后可以假释。联邦德国基本法制定会议鉴于纳粹时代滥用死刑的教训，于1949年毅然决定废止死刑。德国在废止死刑时，并没有考虑应否同时废止原本存在的终身自由刑。于是，终身自由刑得以保留，成为应对谋杀罪的刑罚。但是，德国于1981年废除了终身刑，被判处无期徒刑的犯人，已经服刑15年并满足相关条件的，可以假释。意大利1889年的刑法典在废除死刑的同时，规定了一种可谓终身刑的徒役（ergastolo），但后来的意大利刑法典废除了终身刑。其现行刑法规定的无期徒刑，可谓重无期徒刑，“但实际上，经过若干年后，这种最严厉刑罚的服刑人也可以得到假释或半自由的处理。”〔30〕概言之，废除死刑的国家都没有终身刑。俄罗斯、日本等没有废除死刑的主要国家，也都没有终身刑。

〔27〕〔日〕松原芳博：《被害者保护と“严罚化”》，《法律时报》2003年第2号，第22页。

〔28〕前引〔19〕，斯特巴书，第548页。

〔29〕〔法〕巴丹戴尔：《为废除死刑而战》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社2003年版，第193页。

〔30〕〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第350页。

三、终身刑与刑罚根据

刑罚的设置必须具有充足的根据。根据世界范围内的通说，报应的正义性与预防犯罪的合目的性，是刑罚的正当化根据。^{〔31〕}但是，终身刑并不具备这两个根据。

（一）终身刑与报应刑

设置终身刑的一个重要理由是，在削减或者废止死刑之后，对极为严重的犯罪判处终身刑，才能实现报应，才足以使犯罪人清算责任，满足社会对正义的预期。但本文认为，终身刑不具备这样的机能。

通过终身关押使犯人终身忏悔、赎罪，仍然是个人的报复欲，而不是经过洗炼的报应刑观念。当今的报应观念，已经不再是以眼还眼、以牙还牙的“等同报应法”，而是强调由社会关系的应有状态决定刑罚与犯罪的等价性。所以，报应的基准一直在随着时代的变化而变化。在中世纪，只有对严重犯罪科处死刑，才认为是相均衡的；但在近现代的欧洲国家，对严重犯罪科处10年左右的有期徒刑，就会认为是等价的。如果意识到犯罪是社会的副产品，考虑到人们物质生活水平的不断提高，如若注重维护犯人的尊严，尊重犯人的人格，那么，终身刑就与死刑一样，不再是与犯罪等价的刑罚。不仅如此，当今的报应刑更有限定刑罚的意义。一方面，刑罚不得超出罪行的程度，但可以低于罪行的程度；另一方面，报应与责任主义具有亲和性，要求实行没有责任就没有刑罚的消极责任主义。所以，当今社会的报应刑观念，并不是为了使惩罚与罪行具有“等同性”，而是为了限制惩罚程度。然而，对重大犯罪科处终身刑，却正是以“等同性”或报复刑为依据的，而不是以经过洗炼的报应刑为根据的。

犯罪发生后，形成了三种关系。首先，在被告人与被害人的关系中，国家不是一个单纯的中间人，而是需要进行恢复性司法。其次，在国家与被害人的关系中，国家应当设立被害人补偿制度，使被害人得到补偿。最后，在国家与被告人的关系中，国家必须公正地处罚被告人，而不是将被害人的要求加于被告人。但是，人们现在混淆了三者的关系，本应由国家负担的使被害人康复的使命，无形地转变为对被告人的严厉处罚。这种报复观念不是限制了刑罚，而是加重了刑罚，与当今的报应刑观念格格不入。

终身刑与赎罪观念也不一致。既然终身监禁，又何必让犯人赎罪？“决定性的反对论据是，经过数十年拘禁的结果，内心已钝磨、精神已痴呆化的犯罪人，原本就没有洞察其责任、据此而赎罪的能力。”^{〔32〕}显然，只有在犯人丧失赎罪能力之前的监禁，才具有使其赎罪的作用；此后的监禁不再具有任何意义。换言之，“只有基于希望、赋予‘自己的’刑罚以积极意义的人，才可能于某日赎罪，走向新的生活。”^{〔33〕}

表面上看，在削减或废止死刑后，对罪行极其严重的犯人判处终身刑，有利于实现刑法的公平正义。但事实上并非如此。例如，20岁、30岁的人被判处终身刑，与50岁、60岁的人被判终身刑，便存在重大差异，并不公平。与刑法规定的时效制度相比，也可以发现终身刑有损公正。我国刑法对于最高刑为无期徒刑与死刑的犯罪，规定了20年的追诉时效。关于刑法设立追诉时效的根据，存在证据湮灭说、改善推测说、准受刑说、规范感情缓和说、尊重事实状态说等学说。这些学说各具道理，也不一定相互矛盾。但是，由此可以明确终身刑与时效制度相冲突。例如，既然最高

〔31〕 Vgl., H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 741.

〔32〕 前引〔22〕, Arthur Kaufmann书, 第263页。

〔33〕 同上书, 第264页。

刑为死刑的犯罪经过20年就推测行为人已经改善,那么,经过20年监狱改造的犯人,当然也已改善。再如,既然经过20年就认为行为人如同已经受到了20年的刑罚处罚,那么,在监狱关押了20年的犯人,更是受到了刑罚处罚。又如,既然经过20年后人们对犯罪的规范感情得以缓和,不一定要给予现实的处罚,那么,经过20年的刑罚执行后,人们对犯罪的规范感情更能得到缓和。这些都足以说明,终身刑是不公正的。或许有人认为,我国的追诉时效过短,应当延长。可是,姑且不论应否延长,可以肯定的是,无论如何都不应认为严重犯罪的追诉时效为“终身”,否则就无异于否定了现代各国均采取的追诉时效制度。

(二) 终身刑与预防犯罪

从表面上看,终身刑有利于预防犯罪。一方面,终身被关押在监狱的犯人,不可能再犯罪,因而能够实现特殊预防;另一方面,终身刑具有威慑效果,有利于实现一般预防。但本文认为,终身刑不具有预防犯罪的效果。

从诉讼上言,由于终身刑是没有任何希望的刑罚,故犯人否认自己的罪行,使自己不被判处终身刑,成为其唯一的机会。换言之,如果给犯人封闭了可以重新生活的道路,他们必然会反过来否认自己的罪行,不利于其悔罪。另一方面,即使因为证据确实充分,判处犯人终身刑,犯人由于没有出狱的希望,也可能实施杀人、伤害等犯罪。因为在废止死刑的情况下,在监狱重新犯罪非但不会遭受比终身刑更重的处罚,而且还可以再次接受审判,给毫无意义的监狱生活增添“色彩”。

事实上,预防严重犯罪并不依赖于终身刑。(1)已经服刑15年左右的人,在释放后基本上很少重新犯罪。我国有关部门的调查分析能够证实这一结论。例如,北京市监狱管理局2004年初的调查显示:重新犯罪人员中,前次犯罪判处10年以下的占总数的89.4%,前次犯罪判处10年以上的占总数的10.6%。^[34]再如,福建省2005年关押的重新犯罪人员中,前次犯罪10年以上有期徒刑的占9.5%,前次犯罪判处无期徒刑的占1.5%,前次犯罪判处死缓的为0。^[35]又如,山东省监狱管理局2004年的调查显示:重新犯罪人员中,前次犯罪判处10~15年的占7.4%,15~20年的占2.5%,无期徒刑、死缓的占0.4%。^[36]不言而喻,服刑15年后再犯罪的,必然十分罕见了。(2)按照刑法理论的思路,在保留死刑的情形下,死刑基本上仅适用于故意杀人罪。但对故意杀人罪的预防,既不依赖于死刑,也不依赖于终身刑。正如德国学者所言:“谋杀诚然是最严重的犯罪,但不能由此得出谋杀者具有特别危险的结论。事态恰好相反。被释放的谋杀者再犯罪的现象,极为罕见,而且这也是容易说明的。因为大多数的谋杀者,绝对不是倾向犯,也不是职业犯罪者,完全是在特殊的、几乎不能反复的状况下杀人的冲突犯。”^[37]事实上,各国的故意杀人发案率一直都相对稳定。^[38](3)我国司法实践中对贪污受贿罪判处重刑的情形非常多。然而,对贪污受贿罪的特殊预防,并不以终身刑为前提。事实上,只要判处刑罚,使犯人不再是国家工作人员,就足以防止其重犯贪污受贿罪。(4)即使被判处无期徒刑的犯人中,有极少数人可能终身不悔改,需要终身关押,也不需要增设终身刑,执行无期徒刑即可。

常理告诉人们,死刑是导致恶性犯罪上升的重要原因之一。因为一旦行为人触犯了死罪,就存在“反正是一死”的心理,于是反复实施恶性犯罪。然而,倘若以终身刑替代死刑,结局也是如

[34] 参见北京市监狱管理局“重新犯罪”课题组:《北京市在押犯重新犯罪情况的调查分析》,《中国司法》2005年第6期。

[35] 参见欧洲华、陈晓斌、陈名俊:《福建省刑满释放人员重新犯罪问题研究》,《福建公安高等专科学校学报》2007年第3期。

[36] 参见山东省监狱管理局重新犯罪调查课题组:《2004年山东省在押重新犯罪服刑人员调查分析报告》,转引自王勇:《刑满释放人员重新犯罪问题研究》,http://dlib2.cnki.net/kns50/detail.aspx?QueryID=505&CurRec=42(2008年1月8日访问)。

[37] 前引[22],Arthur Kaufmann书,第265页。

[38] 参见日本法务综合研究所:《平成18年版犯罪白皮书》,国立印刷局2006年版,第38页。

此。一旦行为人触犯了应处终身刑的犯罪，也会产生“反正是关一辈子”的心理，而继续实施恶性犯罪。所以，终身刑与死刑一样，都具有助长恶性犯罪的作用。仅就从社会中消除一个危险个体的方式来说，死刑比终身刑更具有经济优势。^{〔39〕}况且，被处死的犯人绝对不可能再犯罪，而被判终身刑的人仍然可能在监狱实施某些犯罪。

按照死刑废止论者的主张，死刑没有一般预防的威慑力，因为许多人以为犯罪后不会被发现。“扒窃在英国一度是死罪，而且绞刑是公开的，这都是为了产生最大的威慑效果。但是，公开的绞刑不得不取消了，因为扒窃之类的罪行如此频繁地发生在围观绞刑的过程中！”^{〔40〕}终身刑同样缺乏威慑力。死刑之所以缺乏威慑力，还因为许多犯罪是基于冲动。“犯罪人不是经济学家，风险的计算在他们的头脑中并不是按照我们可以察觉的理性方法进行的。抢劫杀人犯是受心血来潮即兴驱使的动物，其行为无法轻易用黑板上的图表来解释。他开枪射击，用手枪抽打，或者用脚踢打受害者，都不是出自把这些行为的所有风险计算在内、沉着冷酷地商定的计划，而是由于行为受阻的激怒。假设任何幅度的刑罚，包括死刑在内或者排除死刑，都会影响他的行为的话，那么就是忽视了我们必须要应付的人的本性。”^{〔41〕}显然，冲动犯的大脑中根本不存在刑法与刑罚。所以，就这些人而言，终身刑与死刑一样，都难以起到一般预防的作用。概言之，刑罚的一般威慑功能是有限的，终身刑极为有限的威慑力并不是其存在理由。

四、终身刑与刑罚体系

是否赞成设置终身刑，与对现行刑罚体系的评价密切相关，也与对国外刑罚体系发展趋势的认识密切联系。

（一）终身刑与刑罚的格差

有学者指出：“从实际情况考察，在我国司法实践中，被判处死缓的，一般服刑18年左右可以重获自由；被判处无期徒刑的，一般服刑15年左右可以重获自由。”^{〔42〕}这给人们的印象是，从死刑立即执行到15~18年的徒刑之间，存在格差，缺乏过渡刑罚；设置终身刑正好可以填补格差，使刑种之间相互衔接。于是，有学者建议，应将刑法第50条修改为：“……如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为30年以上38年以下有期徒刑”；将无期徒刑的假释条件修改为：“实际执行20年以上”的可以假释。^{〔43〕}这种观点显然旨在以几乎绝对的终身刑，缩短死刑立即执行与死缓之间的差距，以相对终身刑缩短无期徒刑与死刑之间的差距。日本提倡终身刑的学者也指出：“在存在死刑的今天，提倡终身刑的最大理由，是死刑与无期惩役的格差过大。因此，作为填补这种落差的手段，应当采用终身刑。”^{〔44〕}本文认为，填补刑罚格差的意义，并不足以成为设置终身刑的理由。

就刑罚体系而言，不需要终身刑填补格差。在保留死刑的国家，死刑之后便是无期徒刑，从理论上讲，二者之间并不存在所谓的格差。至于被判处死缓与无期徒刑的犯人，应在执行15~18年左右后出狱，以及在执行15年左右后出狱是否合适，并不是刑罚体系本身的问题。首先，如果犯人有悔改与立功表现，当然应在执行15~18年左右后出狱；决不能以15~18年的关押与死刑存

〔39〕 参见 [美] B·F·斯金纳：《科学与人类行为》，谭力海等译，华夏出版社1989年版，第320页。

〔40〕 前引〔19〕，斯特巴书，第516页。

〔41〕 [美] 欧内斯特·范·登·哈格、约翰·P·康拉德：《死刑论辩》，方鹏、吕亚薄译，中国政法大学出版社2005年版，第83页。

〔42〕 前引〔12〕，陈兴良主编书，第16页以下。

〔43〕 前引〔13〕，马克昌文，第5页以下。

〔44〕 前引〔2〕，菊田幸一书，第254页。

在格差为由,延长对犯人的关押。其次,倘若犯人没有悔改与立功表现,而且有再犯罪的危险性,却予以释放,则是刑罚适用的失误,不是因为刑罚体系中缺少终身刑。在立法原本没有缺陷只是司法存在问题的场合,通过修改法律解决司法问题,常常损害刑法的正义性。^[45]

在我国,被判处死缓与无期徒刑的犯人平均被关押多长时间才释放,尚无准确的统计资料。所谓“一般服刑18年或者15年左右就可以释放”,是一种推测。有人则说:“在司法实践中,死缓只相当于有期徒刑24年,无期徒刑相当于有期徒刑22年。”^[46]姑且不论哪一种表述符合事实,但能够肯定的是,既然一般服刑15~18年左右便可以释放,那就表明,不同犯人被关押的时间长短不一。从犯人在监狱服刑过程中会有不同悔罪表现来说,这一点并不异常。如果要求被判处死缓与无期徒刑的犯人都被终身关押或者平均被关押30年左右,则不仅明显过于残酷,而且导致已经悔改的犯人不能及时重返社会。倘若为了防止对有犯罪危险的犯人减刑、假释,而设立终身刑,必然导致没有犯罪危险的犯人也不能得到减刑、假释,这不仅得不偿失,而且侵犯了受刑者的人权。

刑法典上的刑罚体系与事实上的刑罚体系不同,是一种正常现象。例如,在西方国家,刑法典上的刑罚以自由刑为中心,但现实中的刑罚以罚金刑为中心。15~18年的关押成为次于死刑的刑罚,也不异常。因为从对犯罪人的惩罚与预防的必要性而言,除了死刑之外,一般的确只需要15~18年左右的关押。德国学者利普曼(M. Liepmann)早在1912年就对2000多名被判处终身刑的犯人做过实证研究,结论是,经过20年的关押后,犯人的人格通常遭到破坏,既无气力,也无感情,成为机器和废人。^[47]这充分说明,15~18年的关押已是仅次于死刑的刑罚。或许有人认为,现在监狱条件改善了,不会出现利普曼当年证实的现象。本文不以为然。其一,我国现行的监狱条件未必优于德国1912年的监狱条件。其二,现在的人们(包括犯人)比1912年时的人们要脆弱得多,更加经受不住长期的关押。其三,德国学者后来所作的实证研究,也与利普曼的结论相同。例如,阿尔布莱希特(Albrecht)在20世纪70年代所作的实证研究表明,持续关押15年以上,在任何方面对服刑人在释放后的人格展开都具有损伤作用;长期关押没有意义,只会毁坏服刑人的社会生活能力。^[48]由此看来,刑罚体系中的刑种之间是否存在格差,需要从实质上判断,而不能仅从形式上得出结论。

(二) 终身刑与刑罚的趋势

西方一些国家虽然废止了终身刑,但其有期徒刑可能比我国的有期徒刑长。另一方面,有的国家(如德国、日本)近几年加重了有期徒刑的刑期(所谓重刑化)。这似乎也成为我国需要增设终身刑和延长有期徒刑期限的理由之一。但在本文看来,通过对法定徒刑期限的单纯比较而得出结论,是缺乏说服力的。

在欧洲国家,只有法国的有期徒刑超过25年,其次是意大利,其有期徒刑的最高刑期为24年,其他国家的有期徒刑的最高期限大多为15年。而且,法国刑法仅对故意杀人罪规定了最高为30年的有期徒刑,何况其徒刑的下限没有限制。概言之,西方国家并没有普遍加重刑罚的趋势。

西方少数国家的重刑化,是相对于其本国原本较轻的法定刑而言的。例如,德国1998年的《第六次刑法改正法》加重了伤害罪、放火罪和对儿童的性犯罪的法定刑;日本于2004年修改刑法,提高了部分侵犯人身犯罪的法定刑。但德国、日本加重后的法定刑,总体上依然轻于我国对相

[45] 例如,旧刑法第59条规定,“经人民法院审判委员会决定”,就可以酌定减轻处罚。由于司法实践中出现了滥用第59条的现象,现行刑法第63条修改为“经最高人民法院核准”,才可以酌定减轻处罚。于是,对于入户抢劫少量财物没有致人伤亡以及部分贪污受贿案件,原本应当减轻处罚的,事实上都未能减轻处罚,导致严重损害个别正义。

[46] 邓文莉:《“两极化”刑事政策下的刑罚制度改革设想》,《法律科学》2007年第3期。

[47] M. Liepmann, *Die Todesstrafe*, J. Guttentag, 1912, S. 177ff.

[48] Albrecht, *Zur sozialen Situation entlassener Leberlänglicher*, Schwarz, 1977, S. 287. 此外,Goeman、Wulf在同期的研究,也得出了相同结论(参见前引[1],Güther Kaiser书,第165页)。

应犯罪规定的法定刑。倘若考虑到日本法官具有酌定减轻刑罚的权力，上述法定刑就更加轻于我国的法定刑了。

国外刑法提高自由刑，也是以其较轻的量刑实践为背景的。在德国，“绝大多数的宣告刑落在法定刑范围内较低的那三分之一区间。”〔49〕日本的量刑更轻。例如，二战前，日本法官对 86.23% 的故意杀人犯（杀婴的除外）判处 5 年以下自由刑；〔50〕二战后至 70 年代，日本法官对 40% 以上故意杀人犯（杀婴的除外）判处 3 年以下自由刑；即使在 80 年代以后，日本法官对 30% 左右的故意杀人犯（杀婴的除外）判处 3 年以下自由刑。〔51〕

即使国外刑法延长了刑期，但其量刑依然较轻，并无明显加重。例如，日本的死刑与无期徒刑主要集中于故意杀人与强盗致死伤罪、强盗强奸罪。在 2004 年提高了有期惩役与有期监禁的期限，加重了部分凶恶犯罪的法定刑之后，日本量刑并无明显变化。例如，2005 年日本一审法院共判处故意杀人犯 815 人，其中，死刑 11 人、无期徒刑 38 人、30 年以下 1 人、20 年以下 59 人、15 年以下 158 人、10 年以下 239 人、5 年以下 131 人、3 年以下 178 人（其中缓刑 140 人）。〔52〕显然，与日本法官的量刑状况相比，我国的量刑重得令外国人惊讶。在我国的法官们习惯于在法定刑内选择较重刑种与较长刑期的情况下，倘若再加重法定刑，无异于雪上加霜。

其实，在西方国家，无期徒刑仅限于谋杀等几种犯罪。而且，近年来，有的国家（如西班牙）已废止无期徒刑。倘若我国削减与废止死刑的原因之一，是顺应国际社会的潮流，那么，在废止死刑的过程中，也需要同时考虑国际社会已经或者将要废止无期徒刑的趋势。此外，在西方国家，即使再严重的犯罪，刑事立法也充分考虑适用缓刑的可能性。如果我国刑法增设终身刑或者提高有期徒刑的最高期限，除了导致司法上的量刑畸重外，在刑事立法上必然相应采取以下两种措施之一：一是在提高最高刑的同时提高最低刑，但这样会严重影响缓刑的适用；二是在提高最高刑的同时不提高最低刑，以便合理适用缓刑，但这样会导致法定刑幅度过大，不利于限制司法权力。显然，不增设终身刑、不提高有期徒刑的最高期限，才是最好的决策。

社会的发展必然使死刑与类似死刑的残酷刑罚退出历史舞台。在此意义上说，废止死刑的确是一种文明与进步。90 年前，“温斯顿·丘吉尔宣称，公众对犯罪和罪犯的态度及感受是任何一个国家的文明程度的可靠试金石之一。”〔53〕当得知中国公民杀害几名外国人后，被害人的家属要求中国司法机关不判处被告人死刑时，我们会深深感到自己的文明程度远远落后于别人。在废止死刑方面，我国大体上比欧洲国家落后 100 年。德国在匆忙废除死刑的同时，没有废止原本就存在的终身刑，即使后来连提倡恢复死刑的学者也主张废止终身刑，即便绝大多数刑法学者以及积累了丰富经验的法官与高级官僚毅然决然地反对终身刑，即令无数的医师、心理学者、社会学者、监狱管理人员也加入呼吁废止终身刑的行列，〔54〕终身刑的废止也花了 30 多年时间。倘若我们在削减与废止死刑的同时增设终身刑，那么，在废止死刑之后，恐怕大体上需要 50 年乃至更长时间才能废止终身刑。既然如此，我们就干脆不增设终身刑！我们不当为自己走向进步设置障碍，更不当为自己迈向文明添加残忍！

〔49〕 许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台北春风煦日学术基金 2006 年版，第 684 页。

〔50〕 其中，不满 3 年至 5 年以下的占 26.38%；不满 1 年至 3 年以下的占 20.06%；不满 6 个月至 1 年以下的占 39.74%；6 个月以下的占 0.05%。

〔51〕 参见〔日〕原田国男：《量刑判断的实际》，立花书房 2004 年增补版，第 135 页以下。

〔52〕 前引〔38〕，日本法务综合研究所书，第 222 页。

〔53〕 前引〔19〕，斯特巴书，第 503 页。

〔54〕 参见前引〔22〕，Arthur Kaufmann 书，第 259 页。

五、终身刑与行刑

刑罚内容就是行刑内容。所谓刑罚是否残酷、是否人道，在于其执行内容与执行方式是否残酷、是否人道。但是，终身刑与当今的行刑理念、行刑内容格格不入。

（一）终身刑与行刑目标

与刑罚的正当化根据相对应，对犯人的处遇理念主要分为公正模式与改善模式。公正模式主张，不应将受刑者作为处遇的对象，而应作为处遇的主体；行刑应当尊重受刑者的自主性与人格，确保处遇的公正性与程序的正义。改善模式认为，剥夺受刑者的自由只是手段，目的是为了实现在特殊预防的改善与重返社会。^{〔55〕}

终身刑的行刑不可能符合公正模式。因为终身刑的执行不存在减刑与假释，必然将受刑者作为处遇的对象，不可能作为处遇的主体；终身刑的行刑也不可能尊重受刑者的自主性与人格。相反，“人们一直记述的是，被判处终身自由刑的人的自然的生活机能减退，人格崩溃，退化到幼儿阶段，生活也不能自理。”^{〔56〕}正因为如此，许多受刑者要求一死了之。于是，监狱面临着无法解决的问题：当终身受刑者要求死亡时，能否对之实施安乐死？不管安乐死是否合法化，无论对被判处终身刑的人是否实施安乐死，都有悖于处遇的公正性。如若实施安乐死，实际上意味着执行死刑；倘若不实施安乐死，而是让犯人在监狱自然死，则比死刑更残忍。

根据改善模式，“对于所有的刑罚方法，回归社会仍然是它的目标。犯罪凶手必须能够在社会生存下去并进行社会交往。这确实是每一种刑罚的最重要目标。它最终也将成为预防犯罪的有效方式，因为有效地回归社会是把重新犯罪的数量降低到最低限度的最好方法。”^{〔57〕}显然，并不是关押时间越长，就越有利于受刑者重返社会。美国的一项研究表明，在监狱关押12个月，然后再进入6个月的毒品康复活动，并接受未来的就职培训的毒品犯人，比在监狱关押18个月的毒品犯人的再犯率低50%。^{〔58〕}然而，终身刑的执行，旨在使受刑者死在监狱，不可能为了实现作为特殊预防的改善、重返社会，而采取相应的教育、就职培训措施。即使是相对终身刑，由于其使犯人隔离社会的时间过长，也极不利于犯人重返社会。正因为如此，许多国家的矫正机构极力反对终身刑。例如，日本执政党于2000年10月至12月向社会各界征求有关设置终身刑的意见时，日本法务省刑事局在第一时间表明了“反对终身刑”的立场。反对的理由主要有：终身刑与以重返社会为前提的处遇制度的现状相冲突；终身刑导致对受刑者的处遇极为困难。^{〔59〕}再如，二次大战后，德国的矫正机构认为，终身刑具有人格破坏作用，与再社会化的行刑目标相对立，进而强烈呼吁废止终身刑。^{〔60〕}

我国《监狱法》第2条至第4条的规定表明，即使对于被判处死缓与无期徒刑的犯人，也必须采用改善模式，贯彻将犯人改造成为守法公民（再社会化）的行刑目标。然而，终身刑与《监狱法》规定的行刑目标相冲突。因为既然是终身关押，改造就是多余的；既然将犯人改造成了守法公民，就不能继续关押。不可否认，改造犯人并非易事，但不能因此否认《监狱法》所规定的行刑目标。其实，设立终身刑，只不过在转移社会大众的注意力，而不去真正追究造成犯罪行为的社会和

〔55〕 参见〔日〕高桥则夫：《自由刑とその単一化》，载阿部纯二等编：《刑法基本讲座》第1卷，法学书院1992年版，第201页以下。

〔56〕 前引〔1〕，Güther Kaiser书，第165页。

〔57〕 〔瑞士〕托马斯·弗莱纳：《人权是什么？》，谢鹏程译，中国社会科学出版社1999年版，第78页。

〔58〕 参见〔英〕特里华·萨塞尔：《正方与反方》，光明日报出版社、中央编译出版社2000年版，第52页。

〔59〕 前引〔2〕，菊田幸一书，第252页以下。

〔60〕 参见〔日〕田中开：《西ドイツにおける终身自由刑の改革》，《ジュリスト》1983年第798号，第55页以下。

心理原因，不再追求改造犯人的行刑目标。适用终身刑，成为满足公众报复欲的一种巧妙方法，而不是真正意义上的行刑。

（二）终身刑与被害人在行刑中的作用

如何发挥被害人在行刑中的作用，如何满足被害人的合理需求，是刑罚改革过程中必须注重的问题。对此，存在两种不同路径，需要探讨其是非。

路径一：为了满足被害人的报复感情，不仅在量刑时重视被害人的要求，而且在决定是否假释时也重视被害人的要求。例如，日本有学者“提倡的终身拘禁刑是，服刑15年后，具有明显悔改的情形时，以被害人的家属的同意为要件，可以予以假释。”^{〔61〕}然而，刑罚的执行、假释的可否，受被害人家属制约的做法，令人焦虑。因为这种做法不仅意味着不当减少假释率，而且必然导致行刑的私事化。

路径二：既满足被害人的合理需求，又使行刑目标得以顺利实现。自上世纪90年代以来，各国重视被害人在犯罪者处遇中的作用，藉以达到“法和平的恢复”。换言之，在行刑阶段，刑法从抽象的法益保护朝着具体的被害人保护推进，从满足被害人的报应感朝着实质的利益保护推进。其中，特别重视被害人与受刑人的对话，既使受刑人了解被害的状况，被害人能够就所在意的犯罪事实要求受刑人回答，从而有助于被害人整理心理；又使受刑人懂得自己的罪行不只是在抽象层面上违反法律，而且实际上对他人造成重大损害，进而促使其面对自己的责任，采取积极的恢复被害人的行动或者道歉。这一路径具有合理性，是各国行刑的发展趋势，也被其他国家的实践证明具有可行性。但是，这一路径以受刑人具有释放的可能与希望为前提，以使受刑人重返社会为宗旨。终身刑只能加深被害人与受刑人之间的仇恨，没有释放可能与希望的受刑人，不可能与被害人对话，不可能满足被害人的心理需求，更不可能对被害人进行物质补偿，不可能达到“法和平的恢复”。

总之，“当我们思考被害人在受刑人处遇中的角色时，必须避免利用被害人作为严惩受刑人的借口”，^{〔62〕}而应当既满足被害人的合理需求，又使行刑目标得以顺利实现。

（三）终身刑与刑罚的动态化

刑罚具有动态化特征。在量刑阶段，对于犯人在行刑过程中会有何种表现，究竟需要服刑多长时间才能消除其再犯罪可能性，法官只能做出预测。正因为如此，刑法规定了减刑与假释制度，从而使行刑呈现动态化的特点。每个犯人在服刑期间的悔罪表现并不相同，反映了他们各自的再犯罪可能性程度消长变化情况不一致。行刑机关就是要根据这种不一致，及时有针对性地分别进行有效的改造教育；对于其中确有悔改、立功表现，再犯罪可能性明显降低的受刑人，依法予以减刑、假释。所以，行刑过程是一个进行性的持续体现罪刑相适应原则的过程。而终身刑抹杀了刑罚的动态性特征，使行刑静态化，使罪刑相适应原则在行刑阶段丧失作用。

绝对终身刑一旦被写进刑法典，就意味着没有灵活性与动态性，从而使成文刑法的缺陷更为明显。即使是相对终身刑，也因为其灵活性与动态性太小，进而导致成文刑法的僵硬。“现代制度不安地摇摆于严惩理论与宽宥理论之间。这种紧张关系并不新鲜。……18世纪英国的刑事司法以大批量的宽赦缓和了它血腥的法典：在王座和高等法院法官们的宽恕和恩惠下实行特赦和减刑。它因此就获得了两种极端形式都不能获得的一定的功效。……在我们的时代，宽宥甚至更为广泛。”^{〔63〕}我国刑法规定的死缓与无期徒刑，显然是有利于严惩犯罪的。但是，严惩制度只有与宽宥制度相结合，才能克服各自的缺陷。质言之，只有在行刑过程中，采用宽宥的减刑与假释制度，才能既克服严惩制度的弊端，又发挥宽宥制度的功效。

〔61〕 [日] 斋藤静敬：《死刑再考论》，成文堂1980年新版，第290页。

〔62〕 谢如媛：《论犯罪受害人在受刑人处遇中的角色》，《台湾本土法学》2006年第9期。

〔63〕 [美] 弗里德曼：《选择的共和国》，高鸿钧等译，清华大学出版社2005年版，第164页。

在世界范围内,刑罚的动态化最主要表现在假释制度的普遍适用。随着刑事思想的进步,又由于假释制度具有鼓励受刑人自新向善、救济量刑失衡、为受刑人重返社会架起桥梁、贯彻刑罚经济原则、增进监狱责任感以及维持监狱秩序等功能,当今世界范围内的假释制度早已有别于以往的假释制度:(1)假释起先只是对保持良好成绩者的恩惠;现在,假释成为受刑人以自己的努力缩短自己刑期的权利。(2)假释起先只是例外地适用;现在,假释的适用已成为原则。^{〔64〕}与国外相比,我国假释制度的适用依然只是例外,这并非正常现象。“根据青岛等发达省市的经验,依据法定条件适当扩大假释率,对促进监狱管理和罪犯的改造是有利的。”^{〔65〕}然而,终身刑意味着受刑人丧失假释的权利,或者必须执行30年左右的时间才能假释,这便不合理地限制了假释制度的运用,不利于犯人回归社会,不符合刑事政策的潮流与趋势。

(四) 终身刑与监狱负担

终身刑的设置必然带来监狱中受刑者的老年化,这是一个深刻的现实问题。显然,只有两个解决途径:一是在受刑者无犯罪能力时释放,二是依然关押在监狱由国家负担。但是,这两种途径都面临着难题。

日本主张终身刑的学者认为,“受刑者成为老人后便虚弱化,对于没有犯罪的危险性的受刑者就没有必要收容于监狱,应提供释放的机会。”^{〔66〕}这意味着,在受刑者具有生活能力时,将他们关押在监狱;一旦他们丧失生活能力,则予以释放,由其家属抚养。可是,这种做法对于受刑者的家属并不人道。任何受刑者的家属,都受到了刑罚的影响,是另一种意义上的“被害人”。当受刑者关押在监狱时,时时刻刻牵挂受刑者的家属,日日夜夜期待与受刑者团聚,却没有可能性。身强体壮的受刑者被关押在监狱,也给其家属经济上带来了困难。然而,当受刑者没有生活能力时,国家却将受刑者释放,完全由其家属负担一切。这不仅明显增加了受刑者家属的物质与精神负担,而且对家属极不公平。

在我国,提倡终身刑的学者主张:“对较轻的犯罪,通常是指应处5年以下有期徒刑的犯罪,尽量减少关押,实行非监禁化。……将这些监禁成本转移支付给重罪,以弥补随着生刑加重而带来的监禁成本的缺口,我们认为将不会使整个监禁成本大幅度增加。”^{〔67〕}但是,能否让应当判处5年以下有期徒刑的犯人,全部或者大部分实行非监禁化,不无疑问。

首先,对于应当判处5年以下有期徒刑的犯人,实行非监禁化,恐怕不符合罪刑相适应原则。严格地说,被判处3年以上有期徒刑的犯罪属于重罪。对应当判处5年以下有期徒刑的犯人均实行非监禁化,既没有使其受到应得的惩罚,也不利于预防其再次犯罪。

其次,即使是在极力避免短期自由刑的发达国家,短期自由刑的适用也相当普遍。例如,德国刑法严格限制短期自由刑的适用,但是,在德国,“自20世纪70年代中期以来,短期自由刑的比例保持稳定态势。即使现在,受刑者中也约有三分之一被执行6个月以下的自由刑。”^{〔68〕}再如,“北欧诸国大量利用短期自由刑”;“荷兰的自由刑宣告数中,2/3以上为3个月以下。”^{〔69〕}又如,日本于2005年判处的自由刑中,3年以下的自由刑占91.7%,其中1年以上至不满2年的自由刑占41.4%,6个月以上不满1年的自由刑占14.6%。^{〔70〕}各国短期自由刑所占比例之所以如此高,是因为大多数犯罪都属于相对轻微的犯罪,但即使对于相对轻微的犯罪,也不可能都实行非监禁化或

〔64〕 参见张甘妹:《刑事政策》,台湾三民书局1979年版,第180页。

〔65〕 储槐植、赵合理:《构造和谐社会与宽严相济刑事政策之实现》,《法学杂志》2007年第1期。

〔66〕 前引〔2〕,菊田幸一书,第273页。

〔67〕 前引〔12〕,陈兴良主编书,第21页。

〔68〕 前引〔31〕,H. Jescheck/T. Weigend书, S. 745.

〔69〕 [日] 菊田幸一:《犯罪学》,成文堂2005年版,第285、287页。

〔70〕 前引〔38〕,日本法务综合研究所书,第55页。

者全部处罚金。刑罚的正当化根据也是量刑的正当化根据，当某种犯罪既具有报应的要求又具有特殊预防的必要性，而且不能处罚金时，必然会判处较轻的自由刑。在罚金刑执行难的我国，更不可能对轻微犯罪均实行非监禁化，更不可能避免执行5年以下的自由刑。

再次，历史与现实表明，全面废除短期自由刑，在刑事政策上既不可能，也不现实。故现在的短期自由刑论，在朝着积极评价短期自由刑的方向发展。各国现在的做法是，既利用短期自由刑的优点，又克服其缺陷，对短期自由刑采取现代的活用方法，以教育、改善犯人，完成现行刑事政策的使命。^{〔71〕}

最后，让监狱仅关押5年以上徒刑的犯人，对应当判处5年以下徒刑的犯人全部实行非监禁化的做法，导致刑罚体系现实成为管制——5年以上徒刑——终身刑——死刑。在管制与5年以上徒刑之间，存在如此大范围的非自由刑处罚，难以实现刑罚的公正性。

六、终身刑与解释论

我国刑法规定的无期徒刑，不仅可以假释，而且可以减刑。所以，我国的无期徒刑明显不同于终身刑。

我国刑法规定了死缓制度，其中第50条规定了死缓的三种不同结局，使得刑法理论有必要探讨死缓是否包括了终身刑的问题。

首先，如果被判处死缓的犯人在考验期内故意犯罪，查证属实的，经最高人民法院核准后，执行死刑。这种情形已经属于死刑，既不是终身刑，也不是无期徒刑。

其次，如果被判处死缓的犯人在考验期内确有重大立功表现，2年期满以后减为15年以上20年以下有期徒刑。这种情形实际上相当于长期徒刑。如若认为在减为15年以上20年以下有期徒刑之后，仍然可以再适用减刑与假释，那么，还能进一步缩短刑罚的执行期限，几乎等同于普通徒刑。

最后，如果被判处死缓的犯人在考验期间，既没有故意犯罪，也没有重大立功表现，2年期满以后减为无期徒刑。在这种情况下，死缓是否相当于终身刑，取决于对刑法相关条文的解释。刑法第78条第1款与第81条第1款分别规定，对于“被判处”无期徒刑的犯罪分子，可以减刑与假释。对此至少可以做出三种不同解释：（1）减刑与假释不适用于死缓减为无期徒刑的犯罪分子。此时的死缓因为不能再减刑与假释，便属于终身刑。（2）减刑与假释均适用于由死缓减为无期徒刑的犯罪分子。死缓减为无期徒刑后，不属于终身刑。（3）减刑适用于死缓减为无期徒刑的犯罪分子，而假释不能适用于死缓减为无期徒刑的犯罪分子。因此，死缓减为无期徒刑后因为可以减刑，依然不属于终身刑。

在本文看来，赞成终身刑的学者，不必另提出增设终身刑的建议，只要采用上述第（1）种解释即可。这样，对被判处死缓的犯罪分子，只要其在死缓考验期内没有重大立功表现，就必须终身关押在监狱。但联系前述对终身刑的分析，考虑到后两种解释的合理性，笔者不主张采取第（1）种解释。

第（2）种解释具有一定合理性。其一，刑罚的动态性不是局部的，而是全面的。换言之，即使对于死缓犯人而言，刑罚也是动态的，而不是静止的。其二，既然在死缓考验期间内有重大立功表现的，可以由死刑减为有期徒刑，那么，在行刑期间具有重大立功表现的，更应减刑或者假释。正因为如此，最高人民法院1997年11月8日《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》采取了第（2）种解释。概言之，根据上述第（2）种解释以及司法解释，死缓减为无期徒刑之后，

〔71〕 参见〔日〕藤本哲也：《刑事政策概论》，青林书院2006年版，第144页。

并非终身刑。

但是,本文倾向于第(3)种解释。上述第(2)种解释的理由,大体可以作为第(3)种解释的根据。但是,使法律条文相协调是最好的解释方法,而要保持刑法的协调,就必须进行体系解释。孤立地解释刑法第78条与第81条第1款时,很难得出死缓犯人减为无期徒刑时能否再减刑与假释的结论。一旦联系刑法第81条第2款的规定,就会认为第(3)种解释更为妥当。刑法第81条第2款规定:“对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释。”然而,刑法并没有禁止对上述犯罪分子减刑。所以,本文认为,对于被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的暴力性犯人,即使减刑后其刑期低于10年有期徒刑,也不得假释。^[72]换言之,对于上述严重犯罪分子,只能适用减刑。既然对于因暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子不得假释,那么,对于因犯更严重的罪被判处死缓的犯罪分子,在没有立功表现而被减为无期徒刑的情况下,更不能假释。否则就导致刑法条文之间不协调,得出不公平的结论。又由于对上述犯罪分子可以减刑,刑法也没有禁止对死缓减为无期徒刑的犯罪分子实行减刑,故对因暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子可以减刑的结论,与对死缓减为无期徒刑的犯罪分子可以减刑的结论,是协调一致的。概言之,即使否认死缓减为无期徒刑的犯罪分子可以假释,但只要承认可以实行减刑,那么,对此部分犯罪分子而言,也不存在终身刑。

由上可见,我国刑法没有规定终身刑。在无期徒刑与死缓事实上均不属于终身刑的情况下,即使实际上可能执行终身,司法解释也不能规定必须执行终身,不能要求犯罪分子实际执行刑期必须高于刑法规定的刑期。例如,司法解释不能规定:“被判处无期徒刑的犯罪分子,实际执行20年以后才能减刑或假释。”因为这种规定剥夺了刑法赋予受刑者的权利。

七、结 语

综上所述,我国不存在终身刑,死刑的削减与废止,不需要也不应当由终身刑替代。15年左右的关押,已经属于相当严厉的惩罚,并且足以预防犯罪;更长时间的关押基本上属于残酷的、不人道的刑罚,而且不是保护法益与预防犯罪所必需的刑罚。我国刑法规定了死缓制度与无期徒刑,对于已经执行15年左右的犯人,如果其再犯罪可能性已经丧失或者明显减少,就应当依法对之实行减刑或者假释。如果已经执行15年左右的犯人,其再犯罪可能性并未丧失和明显减少,那么,继续合理地执行所判处或者裁定的无期徒刑即可。所以,我国在限制与废止死刑的过程中,不必设置终身刑,也不必提高有期徒刑的最高期限。^[73]概言之,应当维持我国现行刑法关于有期徒刑与无期徒刑的规定,与此同时,司法机关与行刑机关应当合理地运用、妥当地执行死缓制度与无期徒刑。

刑罚制度的改革是极为重要的事项,任何一项刑罚制度的改革,都需要经过深入的调查、充分的检讨、彻底的辩论与理性的抉择。本文旨在引发法学界与实务界对终身刑的讨论,从而使我国的刑罚制度趋向合理、成熟。

[72] 或许有人认为,因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,经过减刑后,其应当执行的刑罚不满10年有期徒刑的,可以假释。因此,对于死缓减为无期徒刑的犯罪分子,也可以假释。但本文认为,这种解释必然导致刑法第81条第2款的规定形同虚设。

[73] 当然,应否提高数罪并罚时的有期徒刑的最高期限(如提高至25年),值得进一步讨论。