

社科文献论丛第4辑 / 吴成主编

中国刑罚体系泛论

高长富◎著

ZHONGGUOXINGFATIXIFANLUN

线装书局

社科文献论丛第4辑/吴成主编

中国刑罚体系泛论

高长富 著

线装书局

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑罚体系泛论 / 高长富著. —北京:线装书局,
2008. 4

(社科文献论丛第4辑/吴成主编)

ISBN 978-7-80106-776-0

I. 中… II. 高… III. 刑罚—研究—中国 IV. D924.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 047158 号

中国刑罚体系泛论

著 者: 高长富

责任编辑: 崔建伟 孙嘉镇

排版设计: 宋婷婷

出版发行: 线装书局

地 址: 北京鼓楼西大街 41 号 (100009)

电 话: 010-64045283 64041012

网 址: www.xzhbc.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京忠信诚胶印厂

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 9.5

字 数: 238 千字

版 次: 2008 年 4 月北京第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

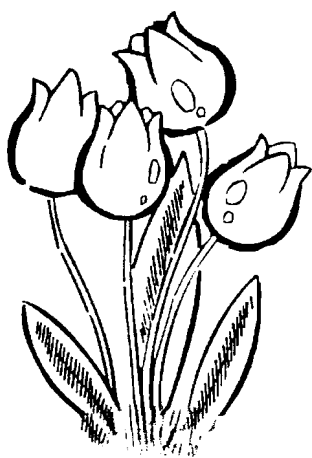
印 数: 1000 册

定 价: 220.00 元 (全 10 册)

数字资源
PDG

尽管人类追求刑罚的完美性一刻也未曾停止过，但刑罚设置与刑罚体系构建的终极目的却是消灭刑罚。当刑罚尚未烟消，作为刑法人唯一可以做的便是竭尽所能完美刑罚体系，进而实现刑罚完美。

完美刑罚体系是原始公平与正义的必然取向，杀人者死、伤人者伤虽游弋于片面性的辞海，但杀人者一律无死、伤人者绝对无伤则是亘古难以释怀的铁律。而刑罚的多元性又是构建完美刑罚体系的基础，是实现刑罚正义与公平的基点。



代 序

一

自刑罚诞生之日起，刑罚的概念便是众说纷纭，莫衷一是，学者们从不同的视角对刑罚作出了或近似或大相径庭之诠释。以外延为基点，刑罚有广义和狭义之分，广义的刑罚是指对反社会秩序的一切违法行为的制裁^①。狭义的刑罚是指对一个人犯罪的制裁，国家通过裁判机关剥夺其法益的制度^②。以内涵为视角，法益剥夺说认为：“刑罚是国家对作为犯罪的法律效果科处私人的法益的剥夺。”^③法律后果说认为：“刑罚者，剥夺私人法益，而为犯罪之法律上效果也。”^④制裁说认为：“刑罚者，乃国家依据刑法法规之明文，以剥夺私人法益为手段，对于犯罪人

① [日] 冈田庄作著：《刑法原论总论》，明治大学出版部，1934年版，第483页。

② [日] 冈田庄作著：《刑法原论总论》，明治大学出版部，1934年版，第483页。

③ [日] 西原春夫著：《刑法总论》，成文堂，1978年版，第433页

④ 刘清波著：《刑法概论》，台湾开明书店，1981年版，第127页

本身所加公法上之制裁也。”^① 强制措施说认为：“刑罚是统治阶级以国家的名义，实行惩罚犯罪的一种强制方法。”^② 综观上述定义之界定，除广义刑罚定位显得过于勉强外，应该说都或多或少揭示了刑罚的一些特征，具有可供参考的价值。在笔者看来，准确的刑罚概念应源于刑罚自身固有的特征。于刑罚特征分析，“三特征说”认为：刑罚是各种强制方法中最为严厉的强制方法；只能对犯罪分子适用；只能由人民法院依法适用。^③ “四特征说”认为：刑罚是国家最高立法机关在刑法中规定的强制措施；只能由人民法院依法行使；是最严厉的强制措施；只能适用于犯罪人^④ “五特征说”认为：刑罚是最严厉的强制方法；是最高权力机关制定的刑罚方法；是只能对实施了犯罪行为的人适用的强制方法；是由特定的国家机关按照法定的程序适用的强制方法；是特定机关执行的强制方法^⑤。“六特征说”认为：刑罚是由国家最高立法机关确定的强制措施；是被规定于刑法之中的强制措施；是由法院适用的强制措施；是以犯罪人为对象的强制措施；是由特定机构执行的强制措施；是最严厉的强制措施^⑥。尽管学界存有“三特征说”、“四特征说”、“五

① 高仰止著：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司，1986年版，第441页。

② 杨春洗等著：《刑法总论》，北京：北京大学出版社，1981年版，第211页

③ 高铭暄主编：《刑法学》，北京：法律出版社，1983年版，第211

④ 何秉松主编：《刑法教科书》，北京：中国法制出版社，1993年版，第388—389页。

⑤ 马克昌等著：《刑法学全书》，上海：上海科学技术文献出版社，1993年版，第169页

⑥ 邱兴隆等著：《刑罚学》，北京：群众出版社，1988年版，第55—57页。

特征说”和“六特征说”之争，但基于各论点差异并无实质之别，且共识适用主体为人民法院；适用对象为犯罪分子；处罚措施性质最为严厉。可将刑罚定位于：人民法院适用的针对犯罪分子的最严厉的处罚措施。这一定义揭示了刑罚的本质：报应犯罪，予罪犯极度的痛苦；昭示了刑罚的目的：通过报应犯罪，予罪犯极度痛苦的结果实现犯罪的一般预防和特殊预防。刑罚概念的明确为我们探求完美刑罚体系提供了前缀。

二

刑罚体系的完美，当然得从“刑罚体系”和“完美”的概念说起。刑罚体系是指刑事立法者从有利于发挥刑罚功能和实现刑罚目的出发，选择一定的惩罚方法作为刑罚方法，并加以归类，由刑法依照一定的标准对各种刑罚方法进行排列而形成的序列^①。

纵览我国古代刑罚体系，最早的苗族刑罚有“五虐之刑”，即大辟、割鼻、断耳、宫、黥等五种酷刑。因滥用五刑以残民，故谓“五虐”。据《尚书·吕刑》记载：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法。杀戮无辜，爰始淫为劓、刵、椓、黥。”尧舜时期，有《尚书·尧典》记载的：“像以典刑；流宥五刑；鞭作宫刑；扑作教刑；金作赎刑。”奴隶社会有“墨、劓、剕、宫、大辟”奴隶制五刑。封建社会有“笞、杖、徒、流、死”封建制五刑。

扫视国外刑罚体系，《汉穆拉比法典》有“死刑、体刑、烙

^① 高铭喧、马克昌著：《刑法学》北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，第238页

印、罚金、驱逐”等。古希腊刑罚和日耳曼刑罚体系均以死刑为中心构建。到近代末期，各国刑罚体系大致由六种刑罚构成，即死刑、自由刑（监禁）、缓刑、笞刑、苦役和罚金。到了现代，刑元素日趋增多，刑罚体系进一步完备，如法国刑法便有 11 种刑罚：1. 无期徒刑；2. 终身拘押；3. 有期徒刑 4. 有期拘押；5. 监禁；6. 罚金；7. 日罚金；8. 公共利益劳动；9. 第 131—6 条所规定的剥夺权利或限制权利；10. 第 131—10 条所规定的附加刑；11. 第 131—39 条所列之刑罚。德国刑罚由五类构成，即自由刑、罚金刑、财产刑、附加刑、附随后果，共计 8 种。意大利将刑罚分为主刑与从刑两个分体系，再根据刑法对犯罪的分类，相应规定适用的刑罚种类，共计规定有 15 种刑罚（因意大利已废除死刑，故实际有 14 种刑罚）。日本刑罚分为主刑与附加刑两大类，并分别规定了分属主刑、附加刑的刑种，共计 9 种刑罚（主刑 8 种，附加刑 1 种）。俄罗斯联邦刑罚，主要有 13 种刑罚。分别为：1. 罚金；2. 剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利；3. 剥夺专门称号、军衔或荣誉称号、职衔和国家奖励；4. 强制性工作；5. 劳动改造；6. 限制军职；7. 没收财产；8. 限制自由；9. 拘役；10. 军纪营管束；11. 一定期限的剥夺自由；12. 终身剥夺自由；13. 死刑。美国各州刑罚主要有：死刑（许多州已经废除，但有些州依然保留）、监禁、缓刑、受监督释放、赔偿、罚金、征收、没收、间歇监禁、社区监管、家庭拘禁、社区服务、社区监督、禁止持有武器、宵禁、通知被害人令、职业限制、否定毒品买卖者和毒品持有人的联邦权益、震击监禁方案等。其中，监禁包括有期监禁、终身监禁 2 种。总计有 20 种。个别州还存在鞭笞（whipping）、枷刑（pillory）、放逐（exile）等。

审视我国现行刑罚体系之立法，第 32 条规定：“刑罚分为

主刑和附加刑。”；第 33 条规定：“主刑的种类如下：（一）管制；（二）拘役；（三）有期徒刑；（四）无期徒刑；（五）死刑。”；第 34 条规定：“附加刑的种类如下：（一）罚金；（二）剥夺政治权利；（三）没收财产。附加刑也可以独立适用。”；第 35 条规定：“对于犯罪的外国人，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。”和第 31 条规定：“单位犯罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”

将我国现行刑罚体系与古代优秀刑罚体系、外国优秀刑罚体系相比，应该说我国的现行刑罚体系存在诸多缺陷，并非完美刑罚之体系。因为“完美”是指完备美好，没有缺点^①我国刑罚体系既谈不上完备，也不能说没有缺点。

三

依据现行立法，我国的刑罚体系可以概括为：1. 刑罚有主刑和附加刑之分。2. 主刑包括：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑五种。附加刑包括：罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境（仅对犯罪的外国人适用）四种。3. 自然人刑罚与单位刑罚进行分离，但单位刑罚唯有附加刑——罚金刑。4. 主刑与附加刑所涵盖的刑罚类型包括：自由刑、生命刑、资格刑和财产刑四大类。5. 各刑元素依据处罚的严厉程度，由轻到重排列。于我国刑罚体系的评价，刑法学界的主流观点是“要素齐备，结构合理”、“宽严相济，衔接紧凑”、“内容合理，

^① 中国社会科学院语言研究所编：《现代汉语词典》，北京：商务印书馆，1987 年版。第 1296 页。

方法人道。”^① 笔者认为这样的评价有些拔高。虽说我国刑罚体系的要素不少，有宽有严，但使用“齐备”“紧凑”“合理”的字眼未免有些脱离实际。事实上，我国刑罚体系还存在不少问题，概括起来讲，分两个方面：

（一）“质”的问题

我国刑罚体系“质”的问题主要反映在两个层面：一是体系结构；二是下属刑元素的立法。

1. 体系结构存在的问题

（1）主刑与附加刑分类不科学，两个概念的划分标准不统一，存在逻辑错误。因为主刑的对应刑是次刑，附加刑对应的刑罚只能是独立适用刑。附加刑在依附于主刑适用时称为附加刑是准确的，一旦独立适用，实际上其已经不再是附加刑，而是具有独立刑罚身份的刑罚一员，如果再称之为附加刑无疑是张冠李戴。

（2）单位刑罚与自然人刑罚虽然进行了分离，但单位犯罪后的刑罚只有罚金刑，没有其他可判刑，显然缺乏科学性，毕竟用一种刑罚应对形形色色、多种多样的单位犯罪是不可能实现刑罚预防减少犯罪目的的。因而，“结构合理”难免让人质疑。

（3）刑元素排序不科学。如罚金的位置，从“实质序”角度讲，理应排列于自由刑之前，毕竟剥夺财产比剥夺自由要轻，即使固定在附加刑范围，也应摆放在剥夺政治权利刑之后，因为我们的时代早已不是以搞政治运动为主的时代，市场经济时代，人们对金钱的重视程度远远大于对政治权利的重视程度，

^① 高铭暄、马克昌著：《刑法学》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，第239—240页

继续将罚金刑排列于剥夺政治权利的下位刑显然不合时令。

2. 下属刑元素的立法缺陷

(1) 管制刑适用标准不明确，适用率极低，据某省统计，管制刑适用率不到2%；执行制度不健全、刑期过长，不管不制现象非常严重；内容欠科学，刑罚力太弱。

(2) 拘役刑刑期太短，难以发挥预防犯罪功能；使用率太低，据笔者对湘西某县公安局全体干警调查，没有一位干警遇到过拘役刑执行工作。

(3) 有期徒刑刑幅过宽，不利于司法公平与正义；无期徒刑的设置破坏了刑罚应有的正义；3年以下有期徒刑附随拘役刑条款太多，致使两刑种选择在实践中十分困难。

(4) 死缓的三大条件或表述不科学，或具有太多不确定性，或过于简单，影响了死缓的适用。致使死缓使用率偏低，据对某省法院3年来死刑案件的统计，死缓约占死刑案件总数的28%。

(5) 以“犯罪情节”作为罚金刑数额确定的唯一依据，过于单纯；侦查阶段，缺少财产调查和附卷移送制度、财产先行扣押和查封制度，给罚金刑执行工作带来了困难；追缴过程匮乏奖惩制度，追缴不作为现象时有发生。

(6) 剥夺政治权利的剥夺内容一方面带来了“刑罚过剩”，一方面部分内容（如剥夺言论、出版、聚会、游行、示威权）有违宪之嫌，难以实现刑罚目的。

(7) 没收财产没有具体没收比例，法官自由裁量权过大，法律的公正性常遭质疑。

(二) “量”的问题

1. 刑类偏少。从我国现有主刑和附加刑看，管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑是自由刑；罚金和没收财产为财产刑；死

刑是生命刑；剥夺政治权利是资格刑。也就是说我国刑罚体系只包含财产刑、自由刑、死刑和资格刑四大类。缺少身体刑，不利于打击犯罪、预防减少犯罪。

2. 刑元素偏少。主刑和附加刑一共为九项，即管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑、罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境，与国外相比有些偏少，不利于罪罚协调。

四

鉴于主刑与附加刑的划分存在逻辑上的问题，主刑与次刑的划分既存在定位的困难又没有实际意义，笔者建议：彻底改变我国现行刑罚体系的构图，将我国刑罚体系设计为另外两大类，既适用于自然人犯罪的刑罚和适用于单位犯罪的刑罚。适用于自然人犯罪的刑罚下设五小类，22个刑元素。适用于单位犯罪的刑罚下设两小类，7个刑元素。具体设定如下：

第一大类：适用于自然人犯罪的刑罚

第一小类：资格刑——1. 剥夺政治权利刑（仅适用于我国公民犯罪）；2. 剥夺担任公司、企业高级管理人员（包括董事、经理、监事、财务主管等）权利刑；3. 剥夺从事中介服务（包括担任律师、注册会计师、审计师、拍卖师、清算师、验资师等）权利刑；4. 剥夺担任教师、医生权利刑；5. 剥夺驾驶权利刑；6. 剥夺公共场所饮酒权利刑；7. 剥夺签发支票和使用信用卡付款刑；8. 剥夺荣誉刑；9. 剥夺头衔刑；11. 剥夺称号刑；12. 缩短居留权利刑；13. 永久性驱逐刑；14. 阶段性驱逐刑（注：12、13、14号刑仅适用于外国人犯罪）。

第二小类：财产刑——1. 罚金刑；2. 没收财产刑。

第三小类：自由刑——1. 管制刑。2. 拘役刑。3. 有期徒

刑。4. 相对不定期刑

第四小类：身体刑——鞭刑

第五小类：生命刑——死刑

第二大类：适用于单位犯罪的刑罚

第一小类：资格刑——1. 刑事破产刑；2. 停业整顿刑；
3. 剥夺或限制从事业务活动刑；4. 媒体曝光犯罪事实刑；
5. 剥夺荣誉称号刑

第二小类：财产刑——1. 罚金刑；2. 没收财产刑

重构后的刑罚体系与现行刑罚体系相比主要区别在于：

1. 打破了现行刑罚主刑与附加刑的刑罚分类体系，取而代之是适用于自然人的刑罚与适用于单位犯罪的刑罚。之所以作出这样的改变，首先，主刑与附加刑划分存在逻辑错误。其次，刑罚体系的选择并非只能一律采用主刑与附加刑之体系，如法国、美国、俄罗斯等国刑罚体系采用的便是非此类体系。再次，是为了根除重主刑轻附加刑的观念。目前，无论执法者还是普通公民均存在重主刑轻附加刑的观念。如果不进行这样的改变，此观念将永远无法剔除；如果继续让这一观念左右人们的大脑，既不利于刑罚整体功能的发挥，也不利于有效打击犯罪。最后，是因为这样的改变可以克服主刑与次刑定位上的困难；可以化解有的犯罪无附加刑可判的尴尬。

2. 扩充了自然人犯罪后与单位犯罪后可适用的刑元素。使自然人犯罪后可适用刑罚由过去的 9 种增加到 22 种；使单位犯罪后可适用的刑罚由原来的 1 种变成了 7 种。随着刑元素的增多，既可提高刑罚应对千差万别犯罪的能力，也可使法官判决更具针对性。

3. 以相对不定期刑取代无期徒刑，摆脱了无期徒刑引发的“有罪无罚”和“罪刑失衡”之痼疾；借鉴古代和新加坡等国鞭

刑，增设的身体刑，使刑罚的威慑力进一步加大，对预防和减少腐败类犯罪大有裨益。

4. 改变了单位犯罪刑罚体系，变单一罚金刑为多元刑。既有罚金，又有没收财产、刑事破产刑、停业整顿刑、剥夺或限制从事业务活动刑、媒体曝光犯罪事实刑、剥夺荣誉称号刑，结束了单位犯罪只有罚金可判的历史。为有效应对单位犯罪创设了前提。

至于刑罚体系下属刑元素存在问题的解决办法，将在本书正论部分详加论述。

刑罚质量是刑罚价值评
估的首要选项，改良刑
罚下属刑元素，提高刑
罚质量的标号是刑罚内
涵建设的应然走向。



目 录

第一编 资格刑论

第一章	资格刑序论	(3)
第二章	适用于我国公民资格刑论	(10)
第三章	适用于外国人犯罪的资格刑论	(29)
第四章	单位犯罪资格刑论	(43)

第二编 财产刑论

第一章	财产刑内涵论	(57)
第二章	罚金刑改良论	(61)
第三章	没收财产刑改良论	(79)

第三编 自由刑论

第一章	管制刑改良论	(99)
第二章	拘役刑改良论	(113)
第三章	徒刑改良论	(130)
第四章	无期徒刑废除论	(142)

第四编 身体刑论

第一章	身体刑综论	(157)
第二章	鞭刑增补论	(162)