

北京市社会科学理论著作出版基金资助

# 刑 罚 结 构 论

梁根林 著

北 京 大 学 出 版 社

## 图书在版编目(CIP)数据

书 名: 刑罚结构论

著作责任者: 梁根林

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-03902-6/ D·398

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑室 62752027

电子信箱: [zpup@pup.pku.edu.cn](mailto:zpup@pup.pku.edu.cn)

排版者: 北京达卡展示设计有限公司

印刷者:

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850 毫米×1168 毫米 32 开本 10.625 印张 267 千字

1998 年 10 月第一版 1998 年 10 月第一次印刷

定 价: 15.00 元

# 目 录

|    |     |
|----|-----|
| 引言 | (1) |
|----|-----|

## 上篇 刑罚结构通论

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 第一章 刑罚结构概论              | (9)   |
| 第二章 宏观刑罚结构              | (15)  |
| 第一节 宏观刑罚结构的概念和构成        | (16)  |
| 第二节 刑罚圈                 | (16)  |
| 一、概念界定                  | (16)  |
| 二、功能分析                  | (18)  |
| 三、划定依据                  | (19)  |
| 第三节 刑罚量                 | (30)  |
| 一、概念界定                  | (30)  |
| 二、功能分析                  | (32)  |
| 三、设定根据                  | (34)  |
| 第四节 刑罚圈与刑罚量的配置模式        | (61)  |
| 一、不严不厉的刑罚结构             | (61)  |
| 二、厉而不严的刑罚结构             | (61)  |
| 三、又严又厉的刑罚结构             | (63)  |
| 四、严而不厉的刑罚结构             | (64)  |
| 第三章 中观刑罚结构              | (66)  |
| 第一节 中观刑罚结构的概念和构成        | (66)  |
| 第二节 以死刑和身体刑为中心的刑罚结构     | (69)  |
| 一、以死刑和身体刑为中心的刑罚结构特征     | (69)  |
| 二、以死刑和身体刑为中心的刑罚结构的功能简析  | (76)  |
| 第三节 以死刑和自由刑为中心的刑罚结构     | (77)  |
| 第四节 以自由刑为中心的刑罚结构        | (79)  |
| 一、以自由刑为中心的刑罚结构的确立       | (79)  |
| 二、以自由刑为中心的刑罚结构的典型分析     | (81)  |
| 三、以自由刑为中心的刑罚结构的功能简析     | (96)  |
| 第五节 以自由刑和财产刑为中心的刑罚结构    | (99)  |
| 一、以自由刑和财产刑为中心的刑罚结构的兴起   | (99)  |
| 二、自由刑和财产刑为中心的刑罚结构的典型分析  | (102) |
| 三、以自由刑和财产刑为中心的刑罚结构的功能简析 | (112) |
| 第四章 微观刑罚结构              | (113) |
| 第一节 微观刑罚结构的概念和构成        | (113) |

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| 第二节 相对确定法定刑结构的模式比较·····           | (116) |
| 一、大陆法系法定刑结构的传统模式分析·····           | (116) |
| 二、《法国刑法典》对大陆法系法定刑<br>结构模式的革新····· | (120) |
| 三、美国《量刑指南》对普通法系法定刑结构的调整·····      | (128) |
| 下篇 我国刑罚结构特论                       |       |
| 第五章 我国刑罚结构评析·····                 | (149) |
| 第一节 我国宏观刑罚结构特征·····               | (149) |
| 一、刑法典修订前的宏观刑罚结构特征·····            | (149) |
| 二、新刑法典的宏观刑罚结构特征分析·····            | (150) |
| 第二节 我国中观刑罚结构的特征·····              | (152) |
| 一、刑法典修订前的中观刑罚结构特征·····            | (152) |
| 二、新刑法典对中观刑罚结构的完善·····             | (153) |
| 第三节 我国微观刑罚结构特征·····               | (157) |
| 一、刑法典修订前法定刑种组合关系的特征·····          | (157) |
| 二、刑法典修订前法定刑罚幅度的特点·····            | (161) |
| 三、新刑法典对我国法定刑结构的完善·····            | (166) |
| 第六章 我国刑罚结构改革的观念前提·····            | (171) |
| 第一节 刑法使命观的现实化·····                | (172) |
| 一、刑法使命观概述·····                    | (172) |
| 二、刑法使命观现实化·····                   | (173) |
| 三、重筑刑法堤坝,实现功能互补·····              | (180) |
| 第二节 刑法功能观的现代化·····                | (182) |
| 一、刑法功能概述·····                     | (182) |
| 二、我国刑法功能的现代化·····                 | (184) |
| 第三节 犯罪观的科学化·····                  | (190) |
| 一、犯罪观概述·····                      | (190) |
| 二、犯罪原因论与基本犯罪规律·····               | (191) |
| 三、犯罪的正负功能分析·····                  | (193) |
| 第四节 刑罚观的理性化·····                  | (198) |
| 一、刑罚功能的局限性·····                   | (201) |
| 二、重刑化和轻刑化之争与刑罚轻重的选择·····          | (206) |
| 三、“打击不力”与刑罚威慑效应的形成机制·····         | (218) |
| 第七章 我国宏观刑罚结构改革的目标和设想·····         | (237) |
| 第一节 我国刑罚圈划定的原则·····               | (237) |
| 一、我国刑罚圈划定的基本要求·····               | (237) |
| 二、刑罚圈的定性限制——行为犯罪化的范围边界·····       | (238) |
| 三、刑罚圈的定量限制——行为犯罪化的程度边界·····       | (250) |
| 第二节 我国刑罚量设置的原则·····               | (259) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 一、罪责刑相当原则 .....            | (260) |
| 二、刑罚必要原则 .....             | (265) |
| 三、刑罚趋轻原则 .....             | (266) |
| 第八章 我国中观刑罚结构改革的目标和设想 ..... | (270) |
| 第一节 刑罚种类多样化 .....          | (270) |
| 一、刑罚种类多样化的依据 .....         | (270) |
| 二、刑罚种类多样化与保安处分的取舍 .....    | (271) |
| 三、我国刑罚种类的多样化设计 .....       | (281) |
| 第二节 刑罚方法的结构性重组 .....       | (293) |
| 一、刑罚方法的结构性重组的基本要求 .....    | (293) |
| 二、刑罚方法结构性重组的具体设想 .....     | (294) |
| 第九章 我国微观刑罚结构改革的目标和设想 ..... | (304) |
| 第一节 法定刑种组合关系的优化 .....      | (307) |
| 一、财产刑与自由刑、死刑的组合关系的优化 ..... | (307) |
| 二、资格刑与其他刑种组合关系的优化 .....    | (310) |
| 第二节 法定刑罚幅度的优化 .....        | (312) |
| 一、罪种法定刑罚幅度设置的依据和方法 .....   | (312) |
| 二、罪种间法定刑罚幅度的衡平和协调 .....    | (318) |
| 参考文献 .....                 | (328) |
| 后记 .....                   | (333) |

# 引言

中华人民共和国第一部刑法典颁布于 1979 年 7 月 1 日, 1980 年 1 月 1 日正式生效。这部刑法典自其生效之日起, 即面临改革开放和现代化建设新形势下犯罪现象的新情况、新问题和新特点的挑战, 而显得规范范围不够和调控力度不足。因此, 自 1981 年开始, 中央即提出了从重从快严厉打击严重刑事犯罪的方针。为了贯彻“严打”方针, 国家立法机关通过制定单行刑法的形式对刑法典进行了 20 多次重大修改和补充, 在完善犯罪构成, 严密刑事法网, 严格刑事责任, 扩大刑罚调控范围的同时, 加强了刑罚对严重刑事犯罪和严重经济犯罪的调控和打击力度, 增设了近 50 个死刑罪名, 对大多数犯罪规定了比较严厉的重刑。在刑事司法实践中, 全国各地司法机关积极贯彻中央“严打”方针, 自 1983 年起, 先后多次在全国范围内开展了集中统一、声势浩大的“严打”斗争和专项治理斗争, 依法从重从快判处了为数众多的犯罪分子以死刑、无期徒刑和长期徒刑, 在一定程度上震慑了犯罪分子的嚣张气焰, 维护了社会秩序的稳定, 使现代化建设和社会转型能够在一个相对平稳的社会治安环境中顺利进行。

但是, 另一方面, 从十多年的“严打”斗争的实际效果来看, 尽管一再超量投入刑罚, 但并没有产生预期的与刑罚超量投入相适应的理想的威慑效果。刑罚资源的投入与刑罚效益的产出似乎不成正比。自 1983 年全国开展集中统一、疾风暴雨式的“严打”斗争以来, 除 1984 年外, 我国刑事犯罪特别是重大恶性犯罪持续上升的势头不仅没有得到控制, 反而有加速发展的态势。据统计, 1984 年全国公安机关共立案刑事案件 514, 369 起, 较之 1983 年的 610, 478 起有一定幅度下降。但从 1985 年起, 全国公安机关立案的刑事案件却持续上升, 1985 年至 1996 年立案的刑事案件数分别为 542 005 起、547 115 起、570 439 起、827 594 起、1 971 901 起、2 216 997 起、2 365 709 起、1 582 659 起、1 616 879 起、1 660 734 起、1 690 407 起、1 600 716 起。<sup>①</sup> 刑事案件的发案率也从 1985 年的万分之五点二上升到万分之二十以上。<sup>②</sup> 再看严重影响社会治安的重大刑事案件的发案率, 如果以 1984 年的发案率为基准, 从 1985 年至 1990 年的 6 年间, 全国重大刑事案件发案率分别比 1984 年增长 31.3%、53.6%、92%、218.3%、544.6% 和 614.9%。<sup>③</sup> 严重罪案的增长速度大大超过同期刑事案件的平均增长速度, 严重罪案在刑事案件中所占比例明显上升, 由 1984 年的 13% 上升到 1991 年的 22%。<sup>④</sup> 另一方面, 我国监狱的改造效能也在不断下降, 再犯率和累犯率不断上升。问题的严重性还不仅仅是再犯率和累犯率的上升, 更重要的是, 绝大多数重大恶性刑事案件都是刑满释放人员或从监狱、劳改农场、劳教所逃脱出来的人员所为。进入 90 年代以后, 犯罪率持续上升的势头有增无减, 重大、特大恶性案件不断发生, 在一些地方甚至形成了犯罪分子与国家刑事司法力量的公然对峙, 以致中央最高决策部门不得不在持续十几年的“严打”斗争基础上, 从 1996 年春季开始再次发动了一场声势更为浩大的“严打”斗争, 但效果仍然不尽如人意。

面对这种犯罪量和刑罚量螺旋式的恶性上升、刑罚投入几近极限而刑罚效益却急剧下降的罪

---

① 1992 年国家司法机关调整提高了盗窃案件的立案标准, 故 1992 年及以后的刑事案件立案数与 1992 年以前的刑事案件立案数具有不可比性。

② 资料来源:《中国法律年鉴》, 1987—1997 年卷, 法律出版出版。

③ 资料来源:樊风林主编:《刑罚通论》, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 594 页。

④ 转引自郭建安:《论刑罚的威慑效应》, 载《法学研究》1994 年第 3 期。

刑结构性矛盾，我国刑法学界的有识之士殚精竭虑，苦苦探讨其成因，寻求走出困境的方略。有的认为，当前犯罪形势严峻的原因在于打击力度不够，应当进一步从重从快予以严厉打击（简称重刑化主张）；有的认为，重刑不能震慑犯罪，应当改用比较轻缓的刑罚公正地惩罚和预防犯罪（简称轻刑化主张）；有的则主张刑罚惩罚和预防犯罪的作用有限，应当将工作重点转移到加强社会治安综合治理上来（简称综合治理理论）。这些主张中，加强社会治安综合治理无疑是解决犯罪问题的根本出路，但对解决当前严峻的犯罪问题这个“近火”来说，综合治理似属“远水”。远水救不了近火。而且综合治理也不可能取代“严打”，因为“严打是社会治安综合治理的首要环节”。重刑化主张无视我国当前刑罚结构总量已呈高位，继续上调的余地已经极为有限的事实，显然不足采信。轻刑化主张虽有其合理之处，但在当前严峻的犯罪形势面前难免过于理想化。

我们认为，当前刑罚效果不佳的根本原因并不在于刑罚轻重配置不当，而在于在改革开放和社会转型的新形势下我国刑罚的运行机制不畅。机制，是指事物的运行过程和运行方式。所谓刑罚运行机制，即是指刑罚运行的过程和方式。刑罚运行过程就是刑罚功能的实现过程。刑罚效果不佳即是刑罚功能发挥不佳。刑罚功能发挥不佳并不简单取决于刑罚的轻重配置不当，而是受与刑罚运行相关的诸多因素的制约。刑罚功能的实现过程包括刑罚的制定、刑罚的适用和刑罚的执行。刑罚功能实现过程的每一环节都受到刑罚机制内部环境和外部环境两方面的制约。刑罚机制的内部环境由刑罚结构构成，刑罚结构构成刑罚功能的组织基础。刑罚结构不合理，必然导致刑罚功能失调，从而制约刑罚功能的实现效果。刑罚机制的外部环境，则是指刑罚作为社会控制系统在同其相互作用中表现自己的属性和功能的人、事物和信息的集合体。包括社会形态（农业社会还是工业社会，传统社会还是现代社会）、经济模式（自然经济还是商品经济，市场经济还是计划经济）、政权模式（民主政权还是集权政权，是小政府大社会还是大政府小社会）、社会规范体系的构成状况（道德规范、乡规民约、行业规则、法律规范体系的健全与协调程度）、意识形态（社会意识形态是一元化还是多元化、是否存在普遍的价值观念冲突）以及作为刑罚直接对象的犯罪行为的机制和犯罪人的个性特征差异等。这些外部环境因素的差异都可能导致刑罚功能的实现状况的变化。因此，在横向上，刑罚功能的实现状况就同时取决于刑罚结构与其运行的外部社会环境相互作用的结果；在纵向上，刑罚功能的实现状况，则同时取决于刑罚自身的内部矛盾运动的制定刑罚、适用刑罚和执行刑罚等环节中的诸多主、客观因素，如三个环节的相互协调、实体刑罚的适当必要、刑罚适用程序的公正、双边合力的形成、刑罚投入的物质支撑、刑罚信息传输和反馈渠道的畅通等。刑罚运行的上述内外环境因素以及刑罚运行过程相关的诸多主、客观因素，都制约着刑罚功能的实现状况。这些因素的矛盾运动和错综复杂的关系，就构成了刑罚功能实现过程的规律。我国当前刑罚运行效果不佳的根本原因在于刑罚机制不畅。而刑罚机制不畅的原因则包括刑罚运行的内、外环境因素的变化以及刑罚运行过程中的功能性障碍。只有廓清这些影响刑罚功能发挥的因素、条件和环节的错综复杂的关系，把握其矛盾运动规律，理顺刑罚运行的机制，才可能解决当前面临的罪刑结构性矛盾，走出犯罪量和刑罚量同步增长、刑罚投入不断增加而刑罚效益却日益下降的怪圈。

正是基于以上考虑，我的导师著名刑法学家储槐植教授在向 1992 年中国法学会刑法学年会提交的《试论刑罚机制》一文中，有感于我国刑罚功能实现的效果不佳、刑罚理论研究局限于静态分析的现状，提出了“从实践价值考虑，有必要在刑罚理论方面开发一块新领地——研讨刑罚机制”的主张。在该文中，储槐植先生首次表达了“结构协调、双边合力、物质基础雄厚是完善

刑罚机制的根本保障”的思想。<sup>①</sup> 1993 年先生在《论刑法学若干重大问题》一文中，再次提出应当进行刑罚机制研究。<sup>②</sup> 在我拜师于先生门下攻读刑法学博士学位后，先生经反复权衡，将刑罚机制问题确定为我的研究方向。

刑罚机制是一个具有重大实践价值而又博大精深的法社会学理论课题。在我们看来，刑罚机制包括刑罚结构、刑罚关系和刑罚运行过程三大领域。限于篇幅，本书《刑罚结构论》研究的范围将只限于构成刑罚机制内部环境的刑罚结构，对刑罚关系和刑罚运行过程的研究拟安排在《刑罚关系论》和《刑罚运行过程论》两书中分别进行。

---

① 参见杨敦先、曹子丹主编：《改革开放与刑法发展》，中国检察出版社 1993 年版。

② 储槐植：《论刑法学若干重大问题》，载《北京大学学报》1993 年第 3 期。



上 篇  
刑罚结构通论

# 第一章 刑罚结构概论

“困难始于界说。如若我们认真地想一想，就知道界说含有束缚和拘束的作用。界说一方面指使它的使用者，另一方面显现出使用者的取向。界说埋藏在它的使用者的观念与他的理论化的工作之中。”<sup>①</sup> 研究刑罚结构，应当首先界定其内涵和外延，明确研究的目的和价值。

所谓结构，按照《辞海》的解释，是指组成事物整体的各个部分的结合方式和内部构造。现代系统科学认为，一切事物都是作为系统而存在的，系统是一切事物的根本属性。所谓系统，是指“处于一定的相互联系中并与环境发生关系的各个组成部分（要素）的总体”<sup>②</sup>。因此，所谓结构实际上都是系统的结构，即系统内各要素相互联系的稳定形式和相互作用的基本方式。结构揭示系统整体中诸构成要素的相互关系，其内涵包括组成系统的诸要素相互间的一定比例关系、排列秩序和组合形式。系统的结构性以组成系统的一定数量的要素的存在为前提，没有系统的要素，就谈不上系统的结构。系统的要素也只有在系统的结构中才能存在，并表现其特定的性能。系统不是诸构成要素的简单相加。系统的性能（属性和功能）也不是组成系统的诸要素的性能的简单相加。系统论的基本原理之一就是“整体大于部分之和”，也就是说，系统的性能大于孤立的系统要素的性能之和。其机理则在于，诸系统要素按一定的结构组成了相互联系、相互制约的有机整体，而使系统整体具有了新的特质。在系统要素相同的情况下，改变系统的结构（调整比例关系、颠倒排列顺序、改变组合形式），就会使系统的性能发生相应的变化。系统功能则是由系统属性所决定的对客体可能发挥的积极作用。系统结构表明系统内部各要素之间的相互关系，系统功能反映系统与环境之间的相互关系。系统结构是系统功能的组织基础，系统功能是系统结构的价值体现。系统结构决定系统功能，系统功能又影响系统结构。在系统的要素相同的情况下，系统结构的改变将使系统的功能随之改变。

犯罪是“孤立的个人反对统治关系的斗争”<sup>③</sup>，是“蔑视社会秩序最明显最极端的表现”<sup>④</sup>。犯罪源于社会基本矛盾，是社会矛盾和冲突的重要表现形式。而“刑罚不外是社会对付违反它的生存条件（不管这是些什么样的生存条件）的行为的一种自卫手段”<sup>⑤</sup>。刑罚是国家代表社会对犯罪作出的正式反应，其实质是社会用以惩罚和预防犯罪的一种社会控制手段。犯罪行为形式复杂多样，形态千变万化，社会不可能仅仅依赖一种刑罚方法来对付犯罪，而必须根据惩罚和预防犯罪的现实需要设计多种刑罚方法，这些不同的刑罚方法同样具有内在的联系，它们相互作用，相互制约，共同组成了一个国家的刑事控制体系，即系统论所说的刑罚系统。因此，根据系统论原理，刑罚可以被视为一种人工设计的社会控制系统。任何系统都有层次性和等级性，一个大系统内往往包含若干个子系统，在纵向层面上说，一个大系统就是由若干个处于不同层次的子系统组成的复合体。刑罚系统也是如此。在最广泛的意义上，刑罚系统是刑罚调控犯罪行为的范围（刑罚圈）和刑罚惩治犯罪行为的苛厉程度（刑罚量）的复合体。刑罚圈与刑罚量是组成宏观刑罚系统的子系统，两者的配置关系决定刑罚资源的投入总量和分配结构。在宏观刑罚系统之下，

① [美] 尤劳：《政治行为论》，台湾商务印书馆 1978 年版，第 22 页。

② [美] 贝塔朗菲：《普通系统论的历史和现状》，载《国外社会科学》1978 年第 2 期。

③ 《马克思恩格斯全集》第 3 卷，人民出版社 1974 年版，第 379 页。

④ 《马克思恩格斯全集》第 2 卷，人民出版社 1974 年版，第 416 页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》第 8 卷，人民出版社 1974 年版，第 579 页。

各国刑法规定的诸刑罚方法本身也是相互联系、相互制约的，它们共同组成了一国的法定刑罚体系，我们称之为中观刑罚系统。相对于一国刑罚投入的总量系统来说，诸法定刑罚方法的组合系统无疑是一个子系统。在此子系统下，诸刑罚方法被分别规定于法定的每一种犯罪，又组成了每一种具体犯罪的法定刑系统，即微观刑罚系统。刑法规定有多少种犯罪，就会有相应数量的微观法定刑系统。刑罚系统作为一种社会控制系统，无论是决定一国刑罚投入总量的宏观刑罚系统，还是决定刑罚形态的中观刑罚系统，抑或规定具体犯罪的刑罚规格和标准的微观刑罚系统，都有其系统结构，即刑罚结构。刑罚结构就是组成刑罚系统的刑罚要素相互联系、相互作用的稳定形式和相互作用的基本方式。根据刑罚系统的层次的不同，刑罚结构也可以相应地分为宏观刑罚结构、中观刑罚结构和微观刑罚结构。

研究刑罚结构的目的是为了更好地发挥刑罚功能。功能，即功效和能力，指事物能够发挥或隐藏着的有利的作用。功能属于关系范畴，而且一般认为属于一事物对他事物的积极关系范畴。刑罚功能则是刑罚被制定、裁量和执行时对客体可能发挥的积极作用。刑罚结构反映刑罚系统内部各个要素之间的相互关系，而刑罚功能则反映刑罚系统与外部环境特别是受控客体之间的潜在的物质、能量和信息交换关系。刑罚功能是刑罚结构属性的价值体现：刑罚结构偏重，死刑和重刑泛滥，法定轻刑短缺，或者完全弃而不用，必然使刑罚的报应和威慑功能大大增长，同时也可能妨害矫正功能的发挥，增加罪犯及其亲友与国家的离心力，甚至造成社会对抗；反之，刑罚结构偏轻，死刑得到废除，重刑也受到重大限制，不剥夺自由的轻刑得到普遍适用，则必然会降低刑罚的报应和威慑成分，而使刑罚偏重于改善、人道、文明价值的追求。刑罚结构决定刑罚功能的性质和状态，刑罚功能的发挥状况反过来又影响刑罚结构的调整：当犯罪现象趋于严重，犯罪率上升，刑罚威慑功能发挥不佳时，立法者往往就会相应地调整刑罚结构，提高刑罚严厉程度。监狱对犯罪分子改造效果不尽如人意，再犯率和累犯率上升时，情绪化的立法者往往会以加重刑罚予以回应，而理智的立法者则可能对自由刑重新予以审视，采取使自由刑的内容和执行开放化、社会化，或另行设计替代自由刑的种种刑罚方法等办法，对刑罚结构进行调整。刑罚结构构成刑罚功能的组织基础，决定刑罚机制的内部环境。不仅不同的刑罚要素的组合状态会产生不同的刑罚功能，在组成刑罚结构的刑罚要素相同的情况下，刑罚结构的改变也可能产生不同的刑罚功能。

抽象地分析，刑罚可能具有多种功能。报应主义认为刑罚具有报应和赎罪功能，威吓刑论认为刑罚有惩罚和威慑功能，教育刑论认为刑罚具有矫正和隔离功能。现代综合刑论认为刑罚兼具上述诸项功能，如美国著名刑法学家拉费夫认为刑罚具有特别预防、剥夺犯罪能力、矫正、威慑、教育和报应多项功能。日本刑法学家西原春夫认为，刑罚具有报复感情绥靖机能、保安机能、赎罪机能和预防机能。<sup>①</sup>我国学者有的主张刑罚具有剥夺、改造、感化、威慑、鉴别、补偿、安抚和鼓励八大功能。<sup>②</sup>多数学者则主张刑罚的功能可以分为对犯罪人的功能、对被害人的功能和对社会其他成员的功能，其中，对犯罪人有剥夺、惩罚和教育改造功能，对被害人有安抚功能，对社会其他成员有威慑和教育鼓励功能。<sup>③</sup>

我们认为，刑罚功能是历史和现实、抽象和具体的统一。刑罚既有由其本质属性所决定的存在于一切刑罚之中的基本功能，又有受所属的特定刑罚结构决定而不具普遍存在性的特别功能。

① [日] 西原春夫：《刑法的根基与哲学》，上海三联书店 1991 年版，第 30 页。

② 樊风林主编：《刑罚通论》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 69—80 页。

③ 高铭暄主编：《刑法学》，中央广播电视大学出版社 1993 年版，第 302—306 页。

一国特定时期的刑罚功能永远是这种基本功能和特别功能的有机统一。刑罚的属性有本质属性与非本质属性之分。“本质是事物的内部联系。它由事物的内在矛盾构成，是事物的比较深刻的一贯的和稳定的方面。……本质从整体上规定事物的性能和发展方向。”<sup>①</sup> 刑罚的本质属性有惩罚和警戒两大类。刑罚的非本质属性是反映刑罚的次要性能、对刑罚的运作方向不起决定性作用的属性。与刑罚的本质属性和非本质属性相适应，刑罚功能有基本功能和附加功能之分。基本功能是本质属性的反映，彼此对应，由惩罚和警戒两大本质属性分别引导出报应和威慑两大基本功能。附加功能是非本质属性的反映，是刑罚在执行过程中通过附加外力投入所可能产生的作用。基本功能与刑罚同在，只要有刑罚就有基本功能；附加功能与刑罚未必同在，当刑罚投入的量和质不足时，有刑罚不一定有附加功能。<sup>②</sup> 基本功能的内容在一切刑罚结构中基本相同，而附加功能的内容则可能因所投入的刑罚的内容的不同而在不同时期有所不同。附加功能往往就是特定的刑罚结构的特别功能。正是附加功能或特别功能反映了不同刑罚结构的功能差异性。而且，由于刑罚观念和刑事政策的改变，立法者可能淡化对刑罚基本功能的追求，而注重符合时代发展要求的特定附加功能。这样，在特定的刑罚结构中，不反映刑罚本质属性的附加功能往往却可能成为刑罚运作的基本目标。因此，必须结合特定的刑罚结构才能具体判断一国实际追求的刑罚功能及其实现状况。

刑罚结构所产生的功能具有不同于孤立的刑罚方法的功能的新的特质。根据“整体大于部分之和”原理，协调有序的刑罚结构所能够发挥的刑罚功能将大于孤立的刑罚方法各自的功能之和。但是，如果刑罚结构混乱无序，则可能产生完全相反的效果，使刑罚功能相互抵消。刑罚运作的全部过程，就是使刑罚功能由潜在状态转化为现实状态的过程。刑罚运作的目标则是最佳地和最大限度地发挥刑罚功能，而其前提则应当是刑罚结构科学合理，协调有序。通过优化刑罚结构，使刑罚资源投入总量适中，刑罚要素的比例关系协调，刑罚要素实现最佳组合，刑罚结构的内部关系协调有序，从而完善、优化刑罚功能，就能为实现最佳的刑罚效益创造一个良好的刑罚运作的内部环境。

---

① 《辞海》，上海辞书出版社 1980 年版，第 1247 页。

② 储槐植：《论刑法学若干重大问题》，载《北京大学学报》1993 年第 3 期。

## 第二章 宏观刑罚结构

### 第一节 宏观刑罚结构的概念和构成

运用刑罚惩罚和预防犯罪不仅是一项具有生产性（产生积极的刑罚效益）的国家行为，而且是一项需要消耗国家大量人力、物力和财力的资源消耗活动。资源稀缺是现代社会的普遍面临的一个难题。资源的稀缺迫使人们有效地使用资源，使资源的利用实现效益最佳化、最大化。国家可以利用的刑罚资源也是有限的，这一现实要求国家有效地利用有限的刑罚资源，充分发挥刑罚的功能，实现刑罚效益的最佳化和最大化。刑罚效益的最佳化和最大化即刑罚功能的最佳实现，首先取决于刑罚本身的功能状况。刑罚的功能状况则取决于刑罚要素的相互联系和相互作用的基本方式，即刑罚功能取决于刑罚结构。一个国家刑事法律体系的宏观刑罚结构就是该国可以利用的全部刑罚资源的分配形式。从宏观上讲，资源的分配结构取决于资源分配对象的范围的大小和资源分配对象被分配的资源量的多寡两大方面。在资源总量确定的前提下，资源分配对象的范围大，每个对象所能分配到的资源量就少；资源分配对象的范围小，每个对象所能分配到的资源量就多。因此，刑罚资源总量的分配结构也同时取决于刑罚调控犯罪行为范围和刑罚对刑罚圈范围内的犯罪行为的调控的严厉程度。我们称刑罚调控犯罪行为范围为刑罚圈，称刑罚投入于犯罪行为的单位刑罚资源量为刑罚量。宏观刑罚结构就是刑罚圈和刑罚量的组合形式。刑罚圈与刑罚量的不同形式的组合，构成不同状态的宏观刑罚结构，决定一国刑罚功能的内涵和重点的差异，制约刑罚功能的实现效果。研究一个国家的刑罚功能发挥的状况，首先应当从总体上了解该国刑罚圈与刑罚量的配置关系。

### 第二节 刑罚圈

#### 一、概念界定

刑罚圈指的是一国刑法规定的对犯罪行为适用刑罚方法进行制裁的范围。

刑罚圈的概念与法定犯罪圈具有密切联系。所谓法定犯罪圈，是指一国刑法划定的应受刑事制裁的社会危害行为的范围。刑罚圈和犯罪圈能否等同，取决于不同的刑罚理念和刑罚制度。在刑罚报应主义者看来，刑罚是“伦理意识的范畴命令”，是一种不受目的构想约束的“正义的戒律”，刑罚不仅具有“伦理上的必要性”，而且具有“逻辑辩证上的必要性”，犯罪是对法的否定，而刑罚则是对否定的否定，即对犯罪的扬弃。一方面，通过刑罚对犯罪的否定，法和正义才能得到恢复；另一方面，按照犯罪人自己的行为逻辑，他也应该得到处罚。“刑罚既被包含着犯人自己的法，所以处罚他，正是尊敬他是理性的存在”<sup>①</sup>，“犯人自己的意志都要求自己所实施的侵害应予扬弃”<sup>②</sup>。深受黑格尔报应理念影响的早期马克思也曾表达过类似的思想，他说：“自由是罪犯的内在属性，因此，罪犯在侵犯自由时也就是在侵害他自己，这种侵害自己的罪行对他来说就是一种惩罚，他认为这种惩罚就是对他的自由的承认。”<sup>③</sup>因此，根据刑罚报应主义，刑罚是对破坏法律秩序的犯罪行为的公正报应，是犯罪行为的必然而至的法律后果，有犯罪就必须给予惩罚。在报应主义的刑罚理念支配下，刑罚圈和犯罪圈的范围显然是完全等同的，所不同的只是二

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆 1961 年版，第 103 页。

② [德] 黑格尔：《法哲学原理》商务印书馆 1961 年版，第 104 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1974 年版，第 71 页。

者观察犯罪和刑罚的角度。

但在功利主义的教育刑刑罚思想和刑事政策观念影响下的现代刑罚理论和实践，则抛弃了报应主义对罪刑关系的简单认识，不再认为刑罚仅仅是犯罪行为的正义的报应，不再将刑罚看作是每一个犯罪的必然而至的法律后果。刑罚出于必要性并且合乎目的性时，才有其存在的正当根据。刑罚的必要性取决于教育和再社会化的需要和可能，刑罚种类和刑罚强度的选择也应当服从于矫治、隔离、威吓的目的构想，而不能仅仅取决于犯罪对社会的危害程度。对某些犯罪，如纯粹的机会犯或情节轻微的初犯、偶犯，或具备法律规定的其他免除刑罚的情节的，如果没有再犯可能或可以通过非刑罚手段防止其再犯，可以定其罪而不判其刑，或者进行转处（diversion），从而节省刑罚的支出。此外，保安处分理论和制度的确立，一方面弥补了刑罚的功能不足（对无责任能力人或限制责任能力人适用保安处分，对惯犯和累犯在刑罚之外再适用保安处分）；另一方面也限制了刑罚圈的范围（当立法确认了刑罚与保安处分选科主义或代替主义时，可以仅适用保安处分而不科处刑罚）。因此，在现代刑事政策思想影响下的各国刑法中，刑罚圈的实际范围普遍小于法定犯罪圈的范围，有罪必罚（惩罚）的报应观念在不同程度上得到修正，其确切内涵更多地被有罪必究所代替。刑事追究并不必然等同于刑罚惩罚，对犯罪分子进行刑事追究时，可以根据情节和需要，定其罪而不判其刑，或者免予刑事处罚，或者宣告保安处分。

尽管如此，现代刑法理论和刑事立法并不否定犯罪与刑罚的一般联系，透过对一国刑法设置的犯罪圈的分析，仍然可以测量该国刑罚圈的大致范围。刑罚圈的实质仍然是法定犯罪圈的范围问题，划定刑罚圈的根本任务还是确定法定犯罪圈的适当范围。

## 二、功能分析

一个社会对违法犯罪行为的调整和控制体系具有复杂的层次和结构。从社会分层的角度说，对违法犯罪行为的调控具有规范调整和非规范调整之分。所谓规范调整，就是通过各种行为规范实现对人的行为的调整。所谓非规范调整，则是通过改变人的生产方式、生活方式或者生存环境等条件来改变人的行为方式。规范调整在最一般的意义上说就是指精神文明建设，非规范调整在最一般的意义上说就是指物质文明建设。控制违法犯罪行为的根本出路是物质文明和精神文明一起抓。对违法犯罪行为的规范调整本身又具有多重层次和结构。其中，既有非法律规范的调整，如道德规范、行业规范、乡规民约、社会风俗、宗教戒律等，又有法律规范的调整。法律规范又是一个具有多级层次和诸多部门的规范体系。专门规定犯罪和刑罚的刑法只是其他法律规范调整无效时的最后手段。所有的社会控制方法都需要相应的资源投入。在国家和社会可能利用的资源总量确定和有限的前提下，必然存在一个整个社会范围内的社会控制资源的分配问题。因此，刑罚圈的划定，其实质就是刑罚资源与其他社会控制资源的配置问题，即对违法犯罪行为是动用国家刑罚资源还是利用非刑罚控制措施进行控制。过多地依赖国家刑法的强制力量，对违法犯罪行为投入过多的刑罚资源，必然会影响其他非刑罚控制措施的资源投入，妨害人们运用非刑罚的政治、经济、文化、教育的社会控制手段预防违法犯罪行为的努力。另一方面，刑罚是最严厉的国家强制方法，它是用损害（犯罪人）法益（自由、财产、荣誉以至于生命）的办法保护（被害人）的法益（自由、财产、荣誉和生命）。刑罚的使用不当（这是任何时候、任何国家几乎不可避免的，所不同的只是程度的大小而已）潜藏着侵犯人权的巨大危险。所以，德国刑法学家耶林告诫我们：“刑罚如两刃之剑，用之不当，则国家和个人两受其害。”<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 转引自林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆股份有限公司1983年版，第127页。

由此可见，刑罚圈范围的宽窄与刑罚运作的效果具有直接的制约关系。刑罚圈划定的过宽，刑法泛化，刑罚触角延伸的过长，必然导致德国刑法学家拉德布鲁赫所称的“刑事法规的肥大症”（Hypertrophie Von Strafgesetz），或迈耶所担忧的“无可忍受的刑法上的通货膨胀”（Inflation des Strafrechts），其后果必然是法令滋彰，国家刑罚权任意扩张，人民动辄得咎。严密的刑事法网在抑制违法行为的同时也可能窒息社会生活的活力，妨碍社会的发展。另一方面，有限的刑罚资源的过于分散的投入，也会导致刑罚资源投入日益增多而刑罚效能却不断降低的刑法基础危机。而刑罚圈划定的过窄，刑罚对违法行为干预不足，刑事法网不严密，刑事责任不严格，该追究刑事责任的严重危害社会的行为却没有将其纳入刑罚圈的调控范围，使许多对社会造成严重危害的犯罪分子逍遥法外，又会导致刑政弛缓、纲纪混乱、法律秩序难以维护的局面，影响刑罚控制犯罪的效果。因此，合理地配置社会控制资源、恰当地划定刑罚圈，是刑罚有效运作的前提和基础。

### 三、划定依据

刑法和刑罚作为最具强制性和暴力性并含有很大痛苦成分的社会控制手段，其触角伸展到什么范围才算宽严适度，一国刑事法网是严密还是稀疏，是立法者主观设计的结果，具有一定的主观随意性，但立法者的这种主观自由是极其有限的。马克思指出：“立法者应该把自己看做一个自然科学家，他不是在制造法律，不是在发明法律，他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。”<sup>①</sup>立法者在划定法定犯罪圈和刑罚圈时，实际上不能不受诸如实际的不法行为态势、民族传统文化、政治组织方式、经济运行体制、刑事司法能力、公众的社会化的自觉程度，以及对于不法行为的社会承受力和容忍度、社会文明程度等诸多因素的制约。这些制约因素直接决定了立法者对犯罪行为与道德违反行为、民事违法行为、行政不法行为的界限的主观界定标准。刑罚圈范围的大小直接取决于立法者对犯罪行为与道德违反行为、民事违法行为和行政不法行为的界限的主观界定标准。

#### （一）犯罪与道德违反行为的界限

道德是调整人们内心世界善恶的行为规范，它通过对合乎道德规范的高尚品德和行为的颂扬和鼓励，对内心邪恶和不道德行为的道义谴责与良心责难，调整和规范人们的行为。刑法和道德都是调整人们行为的社会规范，但“道德的基础是人类精神的自律”<sup>②</sup>，而法律尤其是刑法表现的则是国家意志的他律。对两者关系状态的配置方式直接制约和影响刑法干预的范围。中国古代社会的规范体系由礼和法、德与刑两极构成。法起于刑，刑即法，法与刑合一。《盐铁论·诏圣》：“法者，刑罚也，所以禁强暴也。”《尔雅·释诂》：“刑，法也。”《说文》：“法，刑也。”“夫礼，禁乱之所由生，犹坊止水之所自来”（《礼记·经解》）。礼是“禁于将然之前”，而法则“禁于已然之后”。“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也。”“人心违于礼义，然后入于刑法。”这种“礼——刑”两极规范体系，导致刑不仅成为一切违法行为的制裁手段，而且也成为所有出乎礼的行为的制裁手段，所有出礼入法的行为都被认为是犯罪。本来作为道德规范的礼实际上直接转化成了法律规范，而刑则不过是出礼行为的罚则。因此，难怪黑格尔要说：“中国人的道德上的各种规律和自然法则一样，都是外部的实证命令，强制权利与强制义务，或则彼此之

---

① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，人民出版社1974年版，第183页。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1974年版，第15页。



间的礼仪规律。……道德是国家的事务，并且是由政府官吏和法官执行的。”<sup>①</sup> 中国古代法中礼和刑的这种配置关系是造成中国古代法泛刑法化的重要原因。

西方法律传统中侵权行为法比较发达，大多数侵害行为都可以被视为侵权行为予以追究，但也存在道德高度刑法化和刑法高度道德化的倾向。其突出表现是，不仅具有严重社会危害性的道德违反行为被纳入刑罚圈调控范围，而且许多不具有严重社会危害性的纯粹道德违反行为也被作为犯罪予以刑事追究，刑法规范高度道德化，道德和刑法界限不明。在道德规范为公众所支持并内化为人们行为准则的社会，道德的高度刑法化能够起到严密刑事法网、严格控制人们行为的作用。而一旦社会公德衰败，道德堤坝决口，则将发生犯罪泛滥，刑法打击重点分散，刑罚效能下降，有限的刑事司法力量在日益增长的犯罪面前疲于应付、穷于招架的刑法基础危机。当今西方国家发生的刑法危机在很大程度上就是刑法高度道德化的结果。在此背景下，西方刑法界反思了道德高度刑法化和刑法高度道德化的关系配置模式，提出了把危害不大的道德违反行为排除出刑罚圈范围的刑事政策思想，开始了以非犯罪化（decriminalization）和非刑罚化（depenalization）为主题的刑法改革，其目的就是要解决刑法的基础危机。例如，1966年12月，14名德国和瑞士的刑法学教授起草的对德国刑法改革产生重要影响的刑法典草案（简称AE）的重要目的之一，就是要消除刑法的道德化，以行为破坏社会秩序的危害程度，而不以行为的不道德性作为确定行为犯罪性质的依据。<sup>②</sup> 英国上议院1957年发表的《同性恋犯罪和卖淫委员会（沃尔芬登委员会）的报告》也明确指出：刑法的作用仅在于“保护公共秩序和社会风化，保护公民免受侵犯和损害，提供充分的保护措施以反对盘剥和贿赂他人。……除非社会有意地企图利用法律的作用把犯罪和堕落的范围等同起来，否则就必然存在一个只关系到个人道德和不道德的领域。简单地或直率地讲，这个领域不应该是法律所管辖的”<sup>③</sup>。美国刑法学者理查德·弗雷斯指出，英美刑法界经常提到的需要予以非犯罪化处理的犯罪主要涉及公开醉酒、游荡、破坏公共秩序、同性恋、鸡奸、通奸、私通、重婚、乱伦、卖淫、猥亵、色情、堕胎、自杀、使用或销售毒品和酒精、赌博、违反抚养令、签发空头支票、违反经济管理法规、轻微交通犯罪、成年人不构成犯罪的少年

---

① 转引自梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，贵州人民出版社1992年版，第32页。

② 根据AE作者的一致意见，AE的另外三个目的是：1. 消除刑法中的形而上学，实现罪犯的再社会化，以合理的基础制定刑法典；2. 实现刑法的宽容化，减少采用剥夺自由的手段，较多适用罚金、缓刑、假释；3. 实现刑法的人道主义精神，以使罪犯重新回归权利社会为惩罚目的，取代传统的报复目的。一转引自朱华荣主编：《各国刑法比较研究》，武汉出版社1995年版，第51—52页。

③ 转引自〔英〕鲁伯特·克罗斯：《英国刑法导论》，中国人民大学出版社1991年版，第18-19页。但此报告也引起很大争论，如英国高等法院法官德富林（1905—）认为法可以而且应当禁止不道德行为，强制实施道德，惩治邪恶行为如同镇压颠覆活动一样，是刑法当然的任务而牛津大学法理学教授哈特（1907—1993），则认为某一行为根据一般的行为标准是不道德的这一事实，并不足以使该行为成为应受刑罚惩罚的行为，道德的法律强制只有当道德是社会生活的基本道德时，其本身在道德上才是被允许的。哈特认为，基本道德是对任何社会的存在都不可缺少的限制或禁令，或休谟等所说的社会生活必需的最低限度的道德，非基本道德如禁止同性恋、通奸、婚前同居的道德并非社会生活必需的道德，对非基本道德的法律强制本身即是不道德的。



犯罪等，其中绝大多数都属于道德犯罪。<sup>①</sup>

我们认为，尽管道德和刑法都是调整人们行为的社会规范，刑法需要以道德为基础，并获得伦理的支持，刑法规定的犯罪行为本质上都是违反道德准则的行为，刑罚对犯罪的惩罚一方面可以加强道德的约束力，产生强烈的伦理效果，另一方面也需要以伦理为基础，获得伦理的支持。但刑法毕竟不是伦理的罚则，刑法不可能承担起维护全部道德准则的使命。“道德是刑法的基础”只揭示了道德与刑法关系的一个方面。道德与刑法关系还有另外一个重要方面，即“刑法是道德的极限”，亦即道德对人们的行为提出的是较高的规范要求，而刑法则仅对人们提出最低限度的规范要求。刑法只调整违反最低限度道德准则要求并且具有严重社会危害性，因而应当受到刑罚惩罚的道德违反行为。道德义务只有被吸收为法律义务，才具有法律的强制力。而法律又是一种多层次的规范体系，刑法在法律体系中只处于保障法、制裁法的地位，法律规范中对违反法律义务的行为首先进行调整（第一次调整）的不是刑法，而是民法和行政法。刑法只是对民法、行政法调整无效的违法行为的第二次调整。这样，道德违反行为中只有极有限的部分才能进入刑法视野，而成为应受刑罚惩罚的犯罪行为。社会的伦理道德不可能完全依赖刑法予以提倡，立法者不应当基于维护道德秩序的考虑任意地将道德违反行为犯罪化。

## （二）犯罪与民事违法行为的界限

民事违法行为包括侵权行为和违约行为两大类。“侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的财产和人身，依法应当承担民事责任的行为，以及依法律特别规定应当承担民事责任的其他损害行为”<sup>②</sup>。“违约行为是指合同当事人由于过错不履行或不完全履行合同义务的违法行为”<sup>③</sup>。侵权行为和违约行为侵害了权利人或合同对方当事人的财产权利或人身权利，有的还具有一定的伦理可责难性。例如，拒绝履行抚养、赡养义务的行为，不仅侵害了被抚养、赡养人的权利，而且违反尊老爱幼、忠孝爱悌的社会伦理价值标准，具有伦理可责难性。但就应受否定评价和责难的程度而言，侵权行为和违约行为只具有较低的社会危害性、伦理可责难性和不法的内涵，不具有应受刑罚惩罚性。对侵权行为和违约行为，国家一般只需要赋予民事制裁的法律效果，如责令返还原物、恢复原状、赔偿损失、支付违约金、赔礼道歉等，即可有效地解决因此而产生的争讼，平息冲突。对侵权行为和违约行为不应该（社会危害性小、不具应受刑罚惩罚性）、也不必要（民事制裁手段足以制止侵害、解决冲突）赋予刑罚效果。刑罚触角不能随意延伸到民事违法行为领域。

但是，犯罪行为与民事违法行为特别是侵权行为又具有天然的联系。在人类法律发展的初期，犯罪行为和侵权行为并没有严格的区分，犯罪行为和侵权行为往往规定在一部法律中，被赋予相同的法律效果。法国学者丹克曾经指出：大多数国家的法律都经历了一个从侵权责任和刑事责任合一到逐渐分离的过程。<sup>④</sup>在中国古代法中，只有刑法和犯罪的概念，没有民法和侵权的概念。直到清末，侵权行为才从犯罪行为中分离出来而独立存在。而在以古罗马法为代表的西方法律传统中，情况则恰恰与中国古代法的泛刑法化相反。“罗马人是民法的巨人，是刑法的侏

<sup>①</sup> Sanford H. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, The Free Press, 1983, P. 439.

<sup>②</sup> 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第12页。

<sup>③</sup> 同上书，第18页。

<sup>④</sup> 参见王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第15页。