



The Improvement of Penalties in China

中国刑罚改革论 (下册)

吴宗宪 主 编



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

司法部国家法治与法学理论研究项目重点课题成果



The Improvement of Penalties in China

中国刑罚改革论 (下册)

主 编：吴宗宪

主要作者：

袁 彬 黄晓亮 温建辉 吴宗宪
姚建龙 王 平 苏明月 房绪兴



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国刑罚改革论/吴宗宪主编. —北京: 北京师范大学出版社, 2011.6

ISBN 978-7-303-12873-0

I. ①中… II. ①吴… III. ①刑罚—改革—研究—中国 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 087604 号

营销中心电话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电子邮箱 beishida168@126.com

ZHONG GUO XING FA GAI GE LUN

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

印刷: 北京京师印务有限公司

经销: 全国新华书店

开本: 148 mm × 210 mm

印张: 27

字数: 630 千字

版次: 2011 年 6 月第 1 版

印次: 2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 55.00 元 (上、下册)

策划编辑: 韦燕春

责任编辑: 杜丽娟

美术编辑: 毛 佳

装帧设计: 毛 佳

责任校对: 李 茵

责任印制: 李 啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

目 录



CONTENTS

第一编 刑罚观念改革论

第 1 章	刑罚观念的基本问题	3
第一节	刑罚观念概述	3
第二节	刑罚观念的内容	9
第 2 章	中外刑罚观念研究	22
第一节	当代国外刑罚观念研究	22
第二节	当代中国刑罚观念研究	37
第 3 章	科学刑罚观与刑罚改革	59
第一节	科学刑罚观的确立	59
第二节	科学刑罚观对刑罚改革的指导意义	75

第二编 刑罚体系改革论

第 4 章	中国现行刑罚体系反思	83
第一节	反思中国现行刑罚体系的基本进路	83
第二节	中国现行刑罚体系的总体反思	89
第三节	生命刑的反思	99
第四节	自由刑的反思	109

第五节	对财产刑与资格刑的反思	119
第六节	对其他刑罚的反思	132
第5章	中国刑罚体系改革研究	136
第一节	改革完善刑罚体系的基本思路	136
第二节	刑罚体系的完善	145
第三节	现有刑种的完善	152

第三编 刑罚适用改革论

第6章	中国刑罚适用中的主要问题及其制约因素	179
第一节	刑罚适用中存在的主要问题	179
第二节	刑罚适用中的主要制约因素	186
第7章	中国刑罚适用的改革设想	220
第一节	刑罚适用改革的原则	220
第二节	刑罚适用改革的若干具体构想	233

第四编 刑罚执行改革论

第8章	中国刑罚执行及其反思	261
第一节	概述	261
第二节	中国刑罚执行中存在的主要问题	275
第三节	刑罚执行原则的调整	281
第9章	刑罚执行立法的问题与改革	291
第一节	一般性考察	291
第二节	社区矫正立法的制定与完善	301

第三节	监狱法的修改与完善	329
第四节	刑事执行法的制定	356
第 10 章	刑罚执行的其他一般性问题与改革	370
第一节	刑罚执行方式问题与改革	370
第二节	刑罚执行机构问题与改革	376
第三节	刑罚执行人员问题与改革	386
第四节	刑罚执行监督问题与改革	410
第 11 章	各种刑罚的执行问题与改革	453
第一节	管制刑的执行问题与改革	453
第二节	拘役刑的执行问题与改革	464
第三节	其他监禁刑的执行问题与改革	470
第四节	死刑的执行问题与改革	481
第五节	罚金刑的执行问题与改革	487
第六节	剥夺政治权利刑的执行问题与改革	507
第七节	没收财产刑的执行问题与改革	516
第 12 章	具体刑罚执行制度的问题与改革	525
第一节	减刑的问题与改革	526
第二节	假释中的问题与改革	561

第五编 刑罚消灭改革论

第 13 章	中国刑罚消灭制度及其反思	605
第一节	刑罚消灭制度概述	605
第二节	中国刑罚消灭制度及其反思	627

第 14 章 国外刑罚消灭制度比较研究	635
第一节 国外追诉时效制度比较研究	635
第二节 国外行刑时效制度比较研究	644
第三节 国外赦免制度比较研究	651
第四节 国外复权制度比较研究	657
第五节 国外前科消灭制度比较研究	665
第 15 章 中国刑罚消灭制度改革研究	673
第一节 中国时效制度改革研究	673
第二节 中国赦免制度改革研究	683
第三节 中国复权制度建构研究	691
第四节 中国前科消灭制度建构研究	696

第六编 少年刑罚改革论

第 16 章 少年刑罚配置研究(配刑论)	705
第一节 生命刑	705
第二节 自由刑	718
第三节 财产刑	732
第四节 资格刑	738
第 17 章 少年刑罚替代措施研究(替刑论)	741
第一节 保护处分:少年刑罚的替代措施.....	741
第二节 超越刑罚与超越保安处分	745
第三节 保护处分的基本原则	751
第四节 建构我国保护处分制度的设想	755

第 18 章 少年刑罚适用研究(量刑论)	769
第一节 少年刑罚裁量原则	769
第二节 量刑前社会调查	772
第三节 量刑犹豫与考察制度	779
第四节 从重情节的例外:以累犯为例.....	784
第 19 章 少年刑罚执行研究(行刑论)	789
第一节 缓刑	789
第二节 减刑	794
第三节 假释	796
第四节 监禁刑执行	798
第五节 少年观护制度	802
第六节 少年刑罚的消灭	809
参考文献	817
后 记	832

第 11 章

各种刑罚的执行问题与改革

在刑罚执行改革方面，不仅要探讨宏观的或者一般性的制度的问题及其改革，也要探讨各种刑罚或者具体刑罚制度的问题及其改革。本章探讨《中华人民共和国刑法》（以下简称“刑法”）规定的各种刑罚的执行和适用中存在的问题与改革问题。首先探讨管制的执行问题与改革，然后探讨拘役和其他监禁刑的执行问题与改革，又探讨死刑的执行问题与改革，最后探讨三种附加刑的执行问题与改革。

第一节 管制刑的执行问题与改革

一、管制刑执行中存在的问题

管制刑是指限制罪犯的一定自由但是不予关押而将其交由公安机关执行和群众监督改造的一种刑罚执行方法。

管制刑是目前中国刑罚体系中处境最为尴尬的一种刑罚方法。^①这是因为，一方面，学术

^① 参见吴宗宪：《论管制刑的完善与社区矫正》，见赵秉志、郎胜主编：《和谐社会与中国现代刑法建设：新刑法典颁行十周年纪念文集》，北京大学出版社2007年版，第594页。

界对于管制刑有很高的评价，特别是认为管制刑是中国创造的一种刑罚方法，具有中国特色和独创性；认为管制刑能够避免罪犯之间的交叉感染；认为能够调动社会力量直接参与对罪犯的改造，有利于罪犯的改造；能够在惩罚罪犯的同时，不会给他们的工作和家庭生活带来严重影响，因而有利于社会稳定，等等。尽管有这些优点，但是，在另一方面，审判实践中管制刑的适用数量很少，废除之声不断。^① 在中国刑罚体系中，没有任何别的一种刑罚受到这样的对待。

从管制刑的执行来看，主要存在下列问题：

1. 公安机关的监督管理不足

公安机关在承担了大量繁重的社会治安任务的情况下，难以对被判处管制的罪犯进行有效的监督和管理。

2. 群众监督难以进行

从我国社会的情况来看，改革开放政策的实施使管制刑失去了存在的社会基础。在市场经济条件下，人员的流动加剧，人员流动变成了社会的普遍现象和正常状态，而人员的流动使得人们之间的关系疏远，社会变成了陌生人社会，相互之间不了解、不熟悉，群众监督在客观上已经变得不可能实施。而且，人们也不愿意关注与自己无关的事情，不愿意关心和干预别人的事情，群众监督的意识大大削弱。有的研究者认为，“管制刑与我国现行经济体制不相适应，其生存的社会条件也不复存在。改革开放带来了城乡巨变，经济体制的改革带来了原有生产方式的解体，跨地区、跨行业的经济流转增多，人员

① 参见赵秉志主编：《刑法修改研究综述》，中国人民公安大学出版社1996年版，第169～170页；李维：《论管制刑的存与废》，《广西法学》1995年1～2期；雷富春：《论废止管制刑》，《吕梁高等专科学校学报》1999年第4期；张建军：《论管制刑的废除》，《宝鸡文理学院学报（社会科学版）》2007年第2期。

流动频繁，基层组织能力下降，人际关系日渐疏离，从而使管制刑的执行失去了组织保证。”^①

3. 刑罚执行效果差

从执行管制刑的司法实践来看，管制已难以达到刑罚惩罚与教育目的。管制的核心是群众监督，可如今群众监督等同于无人监督。因此，管制刑的刑罚执行效益很差，难以发挥应有的刑罚效果。

4. 惩罚性不够

刑罚的本质特征之一，就是对被判处刑罚的罪犯有惩罚性，然而，在执行管制刑的过程中，对于罪犯的惩罚性明显不够。虽然现行刑法第39条的规定中，体现了对罪犯的惩罚，例如，对罪犯实行监督，禁止罪犯行使某些权利等，但是，作为一种刑罚而言，这样的规定在目前的社会条件下似乎体现不出现实的惩罚性，而且，由于监督措施不落实，对于被判处管制的罪犯很少有监督，因此，在管制刑的执行过程中，很难看出对罪犯有什么实际的惩罚性。缺乏惩罚性的刑罚，很难说是典型的刑罚。正如有的学者指出的，“刑罚的首要特征在于它的惩罚性，不能给罪犯带来一定的痛苦或者利益损失，就谈不上刑罚的存在。”^②目前条件下的管制刑，就存在着惩罚性不足的问题。“现行管制刑在其惩罚性上与过去的管制相去甚远，当然它们的社会效果也就无法相比了”^③。管制刑缺乏惩罚性的特征，也是一些人呼吁废除管制刑的重要理由之一。

① 周姪：《短期自由刑研究》，法律出版社2006年版，第81页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第182～183页。

③ 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第184页。

二、管制刑执行的改革探讨

管制刑执行的改革，在很大程度上是对现行立法进行改革的问题。这是因为，当初确立管制刑的重要基础，就是大规模的群众性政治运动和群众大量地介入对于罪犯的监督和管理。但是，随着民主与法制建设的发展，这样的政治背景与社会环境已经发生了巨大的变化，原来对于管制刑的规定已经呈现出很多的不适应性，因此，如果不结合新的社会与法制环境而对管制刑进行全面改造，仅仅从管制刑的执行入手进行改革，是不可能产生根本性的明显效果的。只有在对管制刑的立法规定进行改革之后，才有可能扩大管制刑的使用数量，使管制刑确实发挥积极的刑罚效果，从而也才有可能改善管制刑的执行。

笔者曾经专门撰文探讨了管制刑的立法完善、司法使用和刑罚执行问题，认为在开展社区矫正的背景下，可以从多方面完善管制刑的立法规定、司法使用和执行制度。主要观点如下：^①

1. 增加惩罚内容

现行管制刑惩罚性不足的问题，已经得到很多人的关注。^② 针对这一问题，可以考虑从下列三个方面加以完善：

(1) 与赔偿相结合。赔偿是指罪犯对于其犯罪行为所造成的损害承担经济责任的处理方法。在完善管制刑的过程中，在規定管制刑的刑事责任承担方式时，应当考虑明确规定对于造成经济损失的，判处犯罪人对被害人进行赔偿。这里的被害人

① 参见吴宗宪：《论管制刑的完善与社区矫正》，见赵秉志、郎胜主编：《和谐社会与中国现代刑法建设：新刑法典颁行十周年纪念文集》，北京大学出版社2007年9月版，第600～604页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第182～184页。

不仅是指作为自然人的被害人，也指作为法人的被害人。在规定管制刑的内容时明确规定赔偿，不仅可以更好地为被害人伸张正义，缓解和消除被害人对于犯罪行为及犯罪人的愤怒情绪，补救被害人因犯罪行为而遭受的损失，而且也可以使现行刑法第36条规定的“赔偿经济损失”更好地得到落实，使刑法规定更加严密、科学。此外，规定并实行赔偿，也可以使社会公众更好地理解管制刑的惩罚性，消除他们对于管制刑缺乏惩罚性的感觉。

(2)与罚金刑并科。管制刑是一种主刑，应当考虑在完善管制刑的过程中，明确规定对于一些牟利性质的犯罪，实行管制刑与罚金刑并科的制度，从而增加管制刑的惩罚性。管制刑与罚金刑的并科有重要意义，这是因为，现行的管制刑是以限制行动自由为主要特点的刑罚，但是，在市场经济的条件下，对于犯罪人行动的限制变得越来越困难，刑法的限制行动自由的规定在实践中越来越难以落实，因此，如果仅仅规定对于行动自由的限制，但是这样的规定又难以落实的话，犯罪人受到的惩罚就会很轻微，甚至无法受到实际的惩罚。因此，有必要并科罚金，使犯罪人首先在经济上遭受惩罚，同时，也在行动自由方面得到限制，这样，就可以有效地增强管制刑的惩罚性，使犯罪人对于刑罚的感受性更加明显，刑罚的威慑作用得到进一步增强。

(3)与公益劳动相结合。一些学者已经提出，在完善管制刑的过程中，应当考虑增加让犯罪人实行公益劳动的内容。例如，有人建议，对管制犯施以双休日强制无偿劳动的处罚。^①还有人建议增加被判管制对象服务社会的无偿劳动义务，并规

^① 周斌：《对管制刑立法的一点建议》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》1997年第4期。

定其夜间不得离开住所。^① 这些建议是很有价值的,应当充分予以重视。被判处管制的犯罪人居住在社会上,他们的犯罪行为在不同程度、不同方面对当地社区造成了损害。因此,通过判处他们进行无偿的公益劳动,可以在一定程度上弥补犯罪行为造成的实际损害。同时,让他们进行无偿劳动,也可以使当地社会公众看到对于犯罪人的惩罚的具体表现,有利于消除他们对于犯罪行为的愤怒情绪,有利于争取他们对于司法机关判处犯罪人管制刑的支持。此外,让被判处管制刑的犯罪人在社区中进行无偿的公益劳动,也有利于发挥管制刑的一般威慑或一般预防作用。

还应当看到的是,在已经进行的社区矫正试点工作中,人们已经普遍实行了让社区服刑人员进行公益劳动的做法,并且在相关的规范性文件中作出了明确的规定。例如,在司法部2004年5月9日发布的《司法行政机关社区矫正工作暂行办法》中规定,乡镇、街道司法所具体负责实施社区矫正,其具体职责之一,就是“组织有劳动能力的社区服刑人员参加公益劳动”(第9条第5项)。该暂行办法第21条第3款还规定:“社区服刑人员在接受社区矫正期间,应当遵守国家法律法规、规章和社区矫正有关规定,服从管理,接受教育,按照规定参加公益劳动。”而且,几年来,在开展社区矫正试点工作的地区中,已经积累了一定的如何组织社区服刑人员进行公益劳动的经验,这些经验不仅有利于促进公益劳动的组织和运作,也有利于进一步探讨如何在刑法中科学地规定公益劳动的内容。

2. 完善法律义务

我国现行管制刑的最主要特征,可以说是对犯罪人行动的限制,这些限制构成了被判处管制刑的犯罪人在刑罚执行期间

^① 熊达:《管制刑执行中存在的问题及对策探讨》,《湖南公安高等专科学校学报》2004年第5期。

应当履行的法律义务。在目前的立法中，这类限制和法律义务集中体现在刑法第 39 条第 1 款的规定中，这一款规定了被判处管制的犯罪人在执行刑罚期间必须遵守的规定。从这些规定的内容来看，它们的核心内容就是限制犯罪人的行动自由。但是，这些规定存在着一些突出的问题，主要表现为：

(1)内容过于笼统。例如，该款第一项“遵守法律、行政法规，服从监督”就存在这样的问题。“遵守法律、行政法规”是任何公民都应当履行的法律义务，而不仅仅是被判处管制刑的犯罪人需要履行的法律义务。

(2)规定缺乏针对性。该款的规定适用于被判处管制刑的所有犯罪人，没有区分犯罪人的不同情况，不利于法官根据犯罪人的具体情况有针对性地判处犯罪人应当遵循的法律义务。

(3)预防重新犯罪的效果差。由于规定的法律义务缺乏针对性，不能根据犯罪人以及被害人等的具体情况而判处犯罪人在刑罚执行期间应当遵循的法律义务，例如，不能暂停犯罪人的某些从业资格、不能限制犯罪人接触被害人、不能禁止犯罪人涉足可能诱发重新犯罪的场所、不能禁止犯罪人从事容易进行犯罪行为的特定活动，因此，不能有效地预防重新犯罪的发生。

(4)惩罚性不足。即使被判处管制刑的犯罪人完全遵守了该款的所有规定，对于他们来讲，也没有多大的惩罚性。因此，需要对被判处管制刑的犯罪人所要履行的法律义务进行完善。

可以考虑将被判处管制刑的犯罪人需要履行的法律义务实行分类规定，这样就可以更加科学、有效地对他们实行行动限制。具体而言，可以将犯罪人在刑罚执行期间需要履行的法律义务规定为两类：

(1)法定义务。这是指由刑法明确规定其内容、被判处管制刑的所有犯罪人都需要履行的法律义务。对于这类法律义务

的规定,应当在认真研究的基础上,尽可能简要地加以规定。实际上,现行刑法第39条第1款规定的大部分内容,都可以划入这类法定义务。

(2)酌定义务。这是指根据刑法规定的原则由法官根据案件的具体情况进行判决的法律义务。由于刑事案件及其相关情况复杂多样,法律不可能对所有情况都加以穷尽和作出相应规定。而且,过分详细的规定,也不一定适用于复杂多样的具体案件。因此,除了比较简明、统一的法定义务之外,还可以规定由法官根据案件的具体情况进行判决的酌定义务,换言之,就是法官根据案件具体情况酌情决定和判决的法律义务。在规定这类法律义务,刑法可以仅仅规定指导原则或者指导方针,赋予法官根据案件的具体复杂情况,更有针对性地进行自由裁量的权利。笔者考虑,这类指导原则或者指导方针的内容,主要应当包括:有利于预防重新犯罪;有利于保护社会利益(包括维护社会秩序、保护被害人利益等);有利于犯罪人的生活与工作。

3. 完善违规处罚

在管制刑的执行过程中,可能会出现犯罪人不同程度或者性质不同地违反法律规定的情况。在出现这些情况时如何加以处理,也是需要在立法中加以完善的内容。一般来讲,犯罪人在刑罚执行期间违反法律规定的情况,大体上可以分为两类:一类是程度比较轻微的违法行为;另一类是程度比较严重的犯罪行为。因此,需要根据不同情况,规定相应的处罚规定,以便增加威慑力,迫使犯罪人遵守法律规定,履行法律义务。

可以根据犯罪人违反法律规定的不同情况,规定3类处罚措施:

(1)行政处罚

行政处罚是根据被判处管制刑的犯罪人轻微违反法律规定的情况而由行政部门给予的处罚。这方面的处罚除了《中华人

民共和国治安管理处罚法》规定的警告、罚款、行政拘留和吊销公安机关发放的许可证之外，还可以规定由管制刑的执行机关决定使用的其他行政处罚方法，例如，记过、记大过等。

(2) 收监执行

收监执行是指将故意严重或者屡次违反管制刑法律义务的犯罪人收监执行剩余刑期的处罚方法。管制刑虽然是一种限制自由刑，但是，立法中已经有如何将这种刑罚的刑期与监禁刑折抵的相关规定。例如，刑法第 41 条规定：“管制的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。”因此，在修改立法的过程中，可以考虑对于那些符合条件的管制刑犯罪人，可以变更执行方式，就近收监执行或者在看守所中收监执行，剩余的管制刑期 2 日折抵 1 日监禁刑，这样，就可以大大增加管制刑的威慑力。当然，对于收监执行的条件和程序，应当在仔细研究的基础上，作出严密科学的规定，包括收监执行的条件要明确具体，程序设计也要合理，以便保障人权，避免收监执行措施被滥用。不过，笔者考虑，这种权利主要应该由刑罚执行机关行使，这样既可以使刑罚执行机关在充分掌握事实的基础上作出科学、合理的决定，也可以有效节省司法资源。

(3) 易科自由刑

易科自由刑是指对于那些极端严重地违反法律义务或者根本不接受执行机关管理的管制刑犯罪人改判自由刑的做法。一些作者已经提出了这样的建议。例如，有的作者提出，应当“增加管制易科拘役刑的规定。”^①有的作者提出，应当“建立管

^① 张绍谦：《论管制刑的存废之争及立法完善》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》1995 年第 5 期。