

Xingfa de Yaoyi

XINGFA DE YAOYI

董淑君 著

# 刑罚的要义

人民出版社

**XINGFA DE YAOYI**

董淑君 著

# 刑罚的要义

人 民 出 版 社

责任编辑：姚劲华 韦玉莲

封面设计：曹 春

版式设计：东山石

---

图书在版编目 ( CIP ) 数据

刑罚的要义 / 董淑君 著

- 北京：人民出版社，2004.9

ISBN 7-01-004520-8

I . 刑... II . 董... III . 刑罚—研究 IV . D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 ( 2004 ) 第 091418 号

---

---

书 名 刑罚的要义

XINGFA DE YAOYI

董淑君 著

出版发行 人民出版社

( 北京朝阳门内大街 166 号 邮编 100706 )

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号人民东方图书销售中心

邮购电话 ( 010 ) 65132886 65250042 65289539

印 刷 北京新华印刷厂印刷 新华书店经销

版 次 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月北京第 1 次印刷

开 本 880 毫米 × 1230 毫米 1/32 印张 7.625

字 数 150 千字

印 数 1—3,000 册

书 号 ISBN 7-01-004520-8

定 价 16.00 元

---

## 内 容 提 要

通过对现行刑罚理论和刑罚实践的分析、研究,笔者发现,我国学界现行的刑罚理论,主要是对西方刑罚理论的介绍和诠释;但在介绍和诠释过程中,由于占有资料的多寡不同、不同语言之间的隔阂,加之研究者的不同理解,发生了许多歧义和误读,进而造成诠释的混乱和立论的偏颇。笔者不揣浅陋,试图通过查阅有关资料并加以参研、斟酌,借以修正刑罚学界所存在的对西方刑罚理论的误读或错误诠释。

笔者认为,随着时代的变迁和人类文明的演进,越来越多的人注意到,刑罚只是一个国家刑事政策的一部分,如果跳出传统的罪刑关系的“三界”,将刑罚放在更宽的刑事政策的视野中去考察,就可获得对刑罚的一些崭新认识。

刑罚的要义,所要探讨的问题主要包括:(1)刑罚的正当理由(或称刑罚的根据,Why Punish);(2)刑罚的特质(What Is The Punishment);(3)怎样惩罚(How To Punish)。

古今西方学者有关刑罚的正当理由的思想理论主要有报应主义、工具主义、混合理论等。报应主义从刑罚本质去研究刑罚,认为刑罚是对犯罪的报应,报应本身就是刑罚的目的;工具主义从刑罚的效果去研究犯罪,认为刑罚是为了预防和

减少犯罪。其中功利主义认为刑罚是基于人对苦乐的算计来实现预防犯罪的,包括一般预防和特殊预防;减少主义认为刑罚主要是通过对犯罪人的改造和社会化来减少犯罪的。

报应主义和工具主义之间的矛盾是不可调和的,其关键在于两种思想观点的理论切入点和角度不同。混合理论表面上看来是两种思想的相互借镜和妥协,实际上,混合理论不是两种思想理论的简单拼合,从方法论的意义上来看,混合理论是报应主义和工具主义的发展。因此,将混合理论归于报应主义理论或工具主义理论都是不妥当的。

笔者认为,对刑罚正当理由的研究,从方法论上来说,既要从事刑的本质入手,也要考虑刑罚的效果。混合理论采取本质和结果兼顾的方法,得出刑罚的正当理由是在报应基础上预防犯罪的结论,这是一大进步。但混合理论存在致命的弱点,它不能解决兼顾报应和预防之刑罚的结合点问题。因此,许多混合理论观点实际上又退回到了报应主义或工具主义。

无论是报应主义、工具主义还是混合理论,都是从罪刑关系中寻找刑罚的正当理由的,从这一点说,三种理论之间没有本质的区别,同样都面临着无法解决的困惑。

基于此,笔者从刑事政策视野着眼,主张刑罚的正当理由是刑罚所依存的刑事政策的目标。而客观存在的不同层次的刑事政策、不同层次的刑罚、不同层次的刑事政策目标的差异性,决定了刑罚的正当理由的复杂性。

在考察刑罚的起源和流变的基础上,通过对古今中外有关

刑罚的本质、刑罚的功能、刑罚的目的等思想成果进行辨析、剔抉,笔者认为,刑罚的本质是刑罚的内在规定性,是刑罚本身所固有的,决定刑罚的性质、内容及发展方向的根本属性。刑罚的本质与刑罚的正当理由、刑罚的目的、刑罚的功能的内涵是不相同的。刑罚的本质是刑罚的临身痛苦性,这种痛苦性体现在对犯罪人的权利的限制和剥夺上。尽管这种痛苦性,不同时代、不同的人的理解并不相同,但是如果从刑罚中抽出临身痛苦性,刑罚就不再是刑罚。痛苦并非天然就是刑罚,但刑罚天然就是痛苦,这是刑罚区别于其他社会处遇措施的本质所在。

将刑罚放入刑事政策的系统中研究则不难发现,就如汽车的方向盘的功能不同于汽车的功能一样,刑罚的功能不同于刑事政策的功能。虽然刑罚总体上服务于刑事政策的预防和减少犯罪的功能,但是由于刑罚本质的限制,刑罚的功能是通过其适用所产生的痛苦及其示范效应,向其作用对象及社会全体成员传达国家对犯罪谴责的信息,通过这个信息的传达,从而发挥其维护刑事法律的真实性的功用。

刑罚的目的,分为一般的刑罚目的和分配的刑罚目的。一般的刑罚目的,是指国家动用刑罚权追求和期望达到的某种结果,它和刑事政策的目的是同一的,都是为了预防和减少犯罪;分配的刑罚目的,指的是国家对个别犯罪和犯罪人适用刑罚期望达到的结果,作为一项具体的刑事政策,它只能是个别预防和罪犯的再社会化。一个国家的刑罚目的应该是一般的刑罚目的和分配的刑罚目的统一,二者不可偏废,否则就会导致刑罚的过量或不足。

怎样惩罚犯罪才能够实现刑罚目的?笔者借助对刑罚配置

的研究,试图解决刑罚配置的轻重问题,通过阐发刑罚配置的根据,指出刑罚配置轻重的确定有很多标准,它服务于刑罚所赖以存在的刑事政策,并随着刑事政策的变化而变化,从而实现刑罚量的分配。笔者认为刑罚配置包括刑罚的宏观配置和微观配置。宏观配置是刑罚种类的配置,微观的配置是法定刑的配置和法定刑在现实各罪中的分配。前者通过制刑来完成,后者通过制刑、量刑来实现。笔者通过对刑罚配置的研究,分析了我国目前刑罚配置方面立法和司法实践之不足,强调指出,刑罚配置是一个主观性比较大的活动,最终由法院通过量刑来完成,因此,改善执法环境,提高法官的素质显得尤为重要。同时从刑事政策角度,刑罚一般目的的最终实现,是单靠刑罚自身所不能完成的,必须仰仗其他刑事政策的支持。

# 目 录

## 引 论 /1

- 一、 刑罚与刑罚理论 /1
- 二、 本书的任务 /3
- 三、 本书的研究方法 /4

## 第一章 刑罚的正当理由/8

### 第一节 研究刑罚正当理由的两种方法论 ——本质主义和结果主义 /9

### 第二节 报应主义 /13

- 一、 神意报应、道义报应和法律报应 /17
- 二、 报应主义所面对的批评及其对批评者的回应 /27

### 第三节 工具主义 /31

- 一、 功利主义有关刑罚正当理由的理论 /33
- 二、 减少主义有关刑罚正当理由的理论 /41
- 三、 对工具主义有关刑罚正当理由理论的评价 /51



#### 第四节 工具主义和报应主义的融合与发展

##### ——混合理论 /54

一、报应主义对自身理论的修正 /55

二、工具主义对自身理论的修正 /58

#### 第五节 对报应主义和工具主义的超越

##### ——新报应主义 /61

一、罗伯特·那兹克的传达信息理论 /62

二、汉姆顿的“与犯罪人作斗争”理论 /64

三、莫里斯、赫希的该当理论 /66

#### 第六节 刑罚正当理由理论的评析与总结 /73

一、理论和概念的澄清 /73

二、正义与效益——刑罚正当理由争论的实质 /79

三、罪刑关系结构中刑罚  
正当理由理论的两难处境 /87

#### 第七节 刑事政策视野中刑罚正当理由的建构 /92

一、刑事政策视野中建构刑罚正当理由的  
科学性分析 /92

二、刑事政策视野中建构刑罚正当理由的方法论 /92

三、刑事政策视野中刑罚的正当理由 /94

## 第二章 刑罚的特质 /99

### 第一节 刑罚的历史和现状 /99

一、刑罚的源起 /99

二、刑罚的历史形式 /106

第二节 刑罚的概念 /111

一、剥夺权益说 /111

二、惩罚说 /112

三、国家强制手段说 /113

四、制裁说 /114

第三节 刑罚的本质 /117

一、国外关于刑罚本质的认识 /118

二、我国学界对刑罚本质的认识 /121

三、刑罚本质的重新认识 /123

第四节 刑罚的功能 /129

一、刑罚功能面面观 /129

二、刑罚功能的新认识 /134

三、影响刑罚功能发挥的因素 /140

第五节 刑罚的目的 /143

一、纷繁复杂的目的观之剖析 /144

二、刑罚目的之我见 /150

第三章 刑罚的配置 /154

第一节 刑罚配置的价值取向——正义、效益、人道 /156

一、正义与效益 /156

二、人道 /160

第二节 刑罚配置的基本理论 /161

- 一、罪刑绝对均衡理论 /162
- 二、罪刑比例均衡理论 /164
- 三、罪刑该当均衡理论 /168
- 四、刑罚个别化理论 /169
- 五、罪刑相对均衡理论
  - 罪刑均衡与刑罚个别化的融合 /171

### 第三节 刑罚配置的现实根据——刑事政策 /176

- 一、刑事政策是现实刑罚配置轻重的根据 /176
- 二、刑事政策的主流发展趋势对
  - 各国刑罚轻重造成现实影响 /178
- 三、各国具体刑事政策的差别最终
  - 导致各国刑罚轻重标准的差异 /181

### 第四节 宏观上的刑罚配置 /187

- 一、刑种配置的演变 /188
- 二、刑种配置的根据 /194
- 三、未来刑种配置初探 /207

### 第五节 微观上的刑罚配置 /210

- 一、法定刑配置的模式 /210
- 二、法定刑配置的根据 /213

### 第六节 刑罚的最终配置——量刑 /216

- 一、量刑的模式 /217
- 二、量刑的基准 /220
- 三、量刑的方法 /225

## 参考书目 /229

# 引 论

## 一、刑罚与刑罚理论

从刑罚产生发展到今天，它距离人们的期望值似乎越来越远。各国不断地采取措施完善刑罚，希望其能够适应遏制犯罪的需要；然而其结果并不是犯罪的减少，而是监狱的人满为患。1970年，美国每10万人中有79人被关进监狱，1990年上升到163人，到了1996年上升到219人。<sup>①</sup>犯罪率的升高，不但给社会带来了更多的不安因素，而且对罪犯的改造也给国家带来了巨额的财政支出。美国州监狱的财政支出，从1990年的12亿美元上升到了1996年的22亿美元，增长了83%。联邦监狱的支出，从1990年的94600万美元，上升到1996年的2.5亿美元，上升了160%。<sup>②</sup>不惟美国，许多国家，包括中国，犯

<sup>①</sup> Joseph J Senna, Larry J.Siegel: *Essencial of Criminal Law* (third edition), Northeastern University Masachusets Lowels, 2001, P408.

<sup>②</sup> Joseph J.Senna, Larry J.Siegel: *Essencial of Criminal Law* (third edition), Northeastern University Masachusets Lowels, 2001, P410.

罪都呈现快速上升趋势。犯罪的上升趋势对传统的刑罚理论提出了挑战,有的学者因此开始提出疑问:这是否意味着刑罚对犯罪无能为力?

传统理论认为,刑罚的正当理由在于报应或社会效益或两者的综合。报应主义认为刑罚惩罚犯罪的根据在于对犯罪的报应。工具主义认为刑罚的根据在于惩罚犯罪达到的效果,即预防和减少犯罪。功利主义认为,通过对犯罪人适用刑罚,可以警戒社会上的其他不法分子,从而实现一般预防;通过对犯罪人适用刑罚,可以使其不再犯罪,从而实现特殊预防。刑罚的根据在于刑罚是否能最大限度地实现社会利益。减少主义认为,刑罚的根据在于通过适用刑罚减少犯罪,从而减少刑罚的适用。混合理论对报应主义和工具主义进行了综合,认为刑罚的根据在于报应和效益的统一。

在上述理论中,传统的报应思想早已因为其过于刻板而过时,目前作为刑罚实践重要依据的是工具主义和混合理论,其中犯罪的一般预防理论和个别预防理论最有影响。刑罚的威慑功能、矫治功能、回归(再社会化)功能指导下的矫治刑和回归刑,已经是现代西方国家乃至全世界刑罚的主要模式。但是,人们逐渐发现刑罚的一般预防效果非常有限。如果刑罚过于宽缓,会鼓励犯罪;如果刑罚过于严厉,既不能很好地体现公正和正义,也会鼓励犯罪。比如,如果法律规定对强奸罪判处死刑,强奸犯可能会杀死目击实施犯罪的人和被害人。因为对于强奸犯而言,既然实施强奸行为即意味着已经面临着

死刑,还有什么不可以做的。人们对刑罚的一般预防效果便不免产生疑问。刑罚对犯罪人的个别预防,随着累犯的增多,也使人们产生了怀疑。所以,李斯特的“矫正可以矫治者,不可以矫治者不使为患”的格言,被西方许多国家应用于现今的司法实践中。英、美、法等国家近些年来对犯有严重罪行的罪犯和累犯,采取强制终身监禁,限制适用减刑、假释和缓刑等措施,以剥夺犯罪人的犯罪能力,使罪犯与社会隔离,不再为患。这些措施,的确在一定程度上,剥夺了犯罪人的再犯能力,却造成了监狱的人满为患。美国近几年来犯罪人数有所下降,是关押了近二百万人换来的。

于是,人们又发现,关押罪犯,罪犯和社会隔离,确实不至于再去危害社会,但是罪犯和社会隔离的时间越长,越不利于其再社会化;如果不予关押,又可能会使其再危害社会。面对这种两难处境,西方许多国家逐渐适用刑罚的替代措施,尤其是寻找自由刑的替代措施,比如用罚金刑替代短期自由刑,以避免自由刑的弊端。但是罚金刑因为其固有的弱点,如痛苦性较小,不同受刑人对刑罚的感受也不尽相同等缺陷,使人们对罚金刑的效益也存在疑问。

应该如何看待刑罚、为何惩罚和应该怎样惩罚?需要理论界针对刑罚的现状进行研究,以便指导刑罚的实践活动。

## 二、本书的任务

报应主义、工具主义和混合理论,以及刑罚的本质、概念、

目的、功能、价值、刑种的配置、量刑等有关刑罚的基本理论问题,已是老生常谈了。但是笔者发现,我国学界对于这些问题,不同程度地存在着错讹:刑罚的根据、本质、功能等这些不同范畴的概念,表述却惊人的相似,几乎可以画等号。本质就是根据,根据就是功能,几乎是同一概念,没有多大区别。本书的任务,首先是澄清我国学界对这些问题的模糊认识,同时阐明自己对相关问题的主张。进而通过对刑罚配置的研究,使刑罚理论抽象的哲学思辨在实践中得到解析,从而形成一个较为完整的刑罚理论体系。

### 三、本书的研究方法

笔者认为,现代刑事政策的研究成果表明,刑罚是国家刑事政策的一部分,是刑事政策的一个内容或要件。从罪刑关系结构中研究刑罚,无法摆脱传统理论的窠臼,应在刑事政策视野中去研究刑罚理论。笔者认为,在刑事政策视野中,刑罚具有以下特征:

(1) 刑罚只是抗制犯罪的措施之一,而不是全部。这一认识是随着犯罪学的发展而在近代逐步形成的。犯罪学的研究表明,犯罪作为一种社会现象,是由多方面的原因造成的,其中最主要的是社会的原因、人的原因和自然的原因。犯罪的产生是各种因素综合的产物,只有社会的原因而没有个人性格、心理等方面的弱点,也不会犯罪,反之亦然。“人之所以成为罪犯,并不是因为他要犯罪,而是由于他处于一定的物

质和社会条件之下,罪恶的种子在这种条件下发芽、生长。因此,我们知道,人类的不幸产生于上述因素的相互作用,一个变态人是一个不能适应其出生于其中的社会环境的人。变态人缺乏社会生活能力,生理上呈现出退化特征,发展成被动型或主动型变态人,最后成为罪犯。”<sup>①</sup>这一主张,虽然有些过于极端,但是,犯罪原因的复杂性,犯罪学界已有共识。面对因各种各样原因而发生的犯罪,刑罚只能是抗制犯罪的措施之一,而不是全部。

(2) 刑罚抗制犯罪的作用是其他刑事政策无法替代的。刑罚能够抗制犯罪,作为抗制和预防犯罪的刑事政策,总是以刑罚为核心来建构的,刑罚在刑事政策中的地位举足轻重。但不能就此认为、更不能指望刑罚能代替全部刑事政策,来完成抗制和预防犯罪的任务。因此,对刑罚的科学的定位应是,刑罚是抗制犯罪和预防犯罪的手段之一,刑罚在抗制犯罪中所起的重要作用,是其他刑事政策所无法代替的,这是任何人都不能否定的。但是,必须认识到,犯罪的产生和存在具有一定的社会必然性,是社会生活不可缺少的一部分。这一点几乎得到了现代犯罪学家和社会学家的普遍认同。迪尔凯姆从社会结构的角度进行分析得出:“犯罪不仅见于大多数社会,不管它是属于哪种社会,而且见于所有类型的所有社会。不存在没有犯罪行为的社会。”“把犯罪看做是一种疾病,就是承认疾

---

<sup>①</sup> (意)恩利克·菲利著,郭建安译:《犯罪社会学》,中国人民公安大学出版社1990年版,第7页。



病不是某种偶发的东西,反而在一定情况下,是来因于生物的基本体质;同时这也会抹煞生物学现象和病理学现象的一切区别。犯罪本身就是以不正常的形式出现的,可以肯定,这种不正常现象就具有病态性质。只要犯罪没有超出每类型社会所规定的限界,而是在这个限界之内,它就是正常的。而这个限界是可以根据上述准则定出来的。”<sup>①</sup>犯罪作为一种社会现象,它的存在是必然的。刑罚只能是将犯罪减少到社会可以容忍的限度,不可能消灭犯罪。

(3) 刑罚抗制犯罪和预防犯罪作用的发挥,仰仗其他刑事政策的支持。刑事政策作为一个政策系统,是由具有一定结构形式的若干要素组成的。各要素的质和量,通过相互间的作用和联系组成系统的质和量,系统的质和量影响着系统本身的功能的发挥,但是系统的质和量并不能对其系统功能的发挥起绝对作用。根据系统论的观点,系统是开放的,其周围的环境要素对系统发挥也起着至关重要的作用。由此推出,刑事政策系统中各要素的质和量及结构方式,直接影响刑事政策系统的功能的发挥。比如,有了合理的、科学的刑罚立法,也有了科学的科刑制度和行刑制度,但是犯罪人被改造好以后释放到社会上,如果社会不能使其容身,其再犯的可能性将会非常大。如果这样,刑罚就增加了其恶害,其抗制犯罪和预防犯罪的效果就非常有限。同时刑事政策的环境要素,比如政策的执行力度和民众的接受程度等也会直接影响刑事政策系统功

<sup>①</sup> (法) 迪尔凯姆著:《社会学方法的准则》,商务印书馆 1995 年版,第 83—84 页。