



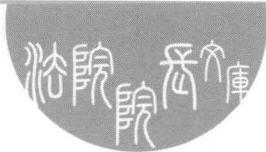
中国法院院长文库

刑罚代价论

茅仲华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



D924.104
04

中国法院院长文库

013051589

刑罚代价论

茅仲华 著



D924.104
04



北航

C1658907



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑罚代价论 / 茅仲华著. —北京:法律出版社,
2013.6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4909 - 0

I. ①刑… II. ①茅… III. ①刑罚—研究—中国
IV. ①D924.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 101397 号

刑罚代价论
茅仲华 著

编辑统筹 政务出版社
策划顾问 张新新
策划编辑 张瑞珍
责任编辑 齐梓伊
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 沙磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 23

字数 302 千

版本 2013 年 6 月第 1 版

印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4909 - 0

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

茅仲华院长的《刑罚代偿论》一书即将由法律出版社付梓刊行,承蒙不弃,嘱我写序,我慨然应允。

“刑罚代偿论”是一个十分理论化的题目,来自司法实务的茅仲华院长如何能够将这个题目写成一本切合司法实务的书,这是在我拜读书稿之前担忧的。及至读完书稿,这个担忧一扫而空。茅仲华院长虽然在第一章刑罚的根基与哲学和第二章刑罚的效益与代价中,对刑罚基本理论问题进行了相当深度的阐述,但在第三章刑罚代价调控的事实认定和第四章刑罚代价调控的量刑均衡以及第五章刑罚代价的克减中,从事实认定、量刑均衡和刑事和解这三个视角对如何化解与克减刑罚代价这一具有现实意义的问题,从理论与实践的结合上进行了颇有新意的探讨,由此而使书稿具有了对于司法实践的直接关联性,获得了实践品格。

第一章显然是一种理论视角的展开,为刑罚代价这个命题提供了一个十分广阔的思辨空间。在刑罚根据或者刑罚目的问题上,历来就有报应主义与功利主义之争,由此形成的理论模型已经十分成熟,要想出新当然是不可能的。一般都是对各种学说加以整理,表明自己赞同的观点。茅仲华院长亦不例外。通过对刑罚根据的各种观点的规

整,茅仲华院长得出结论:赞同预防性综合理论的刑罚目的观。预防性刑罚理论是一种功利主义学说,而综合理论则是在一定程度上兼顾了报应主义的内容。这在理论逻辑上是没有问题的。只是本书没有论及刑罚代价命题与各种刑罚目的理论之间的关联性,这是有所不足的。事实上,在报应主义的刑罚目的理论中,根本没有刑罚代价论存在的余地。因为这种刑罚目的理论把刑罚说成是一种恶报,是正义的体现,甚至是一种爱。尤其是那种绝对主义的报应理论,是完全排斥功利追求的,也不承认刑罚代价的存在。只有在功利主义的理论视域中,刑罚代价才有其存在的逻辑空间。因为功利主义的刑罚理论,将刑罚目的确定为对功利效果的追求,这种功利效果与恶害收益之间具有一定的联系。如功利主义大师边沁对惩罚与罪过之间的比例进行了论述,认为所有法律的总目的在于防止损害。然而,在除惩罚之外没有其他办法可行的场合,有四种不值得惩罚的情况。在这四种不值得惩罚的情况中,第四种是:不管要加以防止的损害是什么,以尽可能小的代价防止之。^[1]在此,边沁明确提到了刑罚的代价问题,阐明了以较小代价防止较大损害的功利思想。因此,只有以功利主义刑罚目的观为关照,才能为刑罚代价论提供理论支撑。

第二章是对刑罚效益与代价的一般性论述。效益与代价之间具有对应关系,刑罚之适用应该以最小代价而获取最大效益。在此,更重要的是对刑罚代价的科学界定。以往,我国刑法学界对刑罚代价问题的论述还是不多的,某些概念也还需要厘清。例如,刑罚代价与刑罚的消极作用是否内容相同或者相似?刑罚代价与刑罚成本之间是什么关系?刑罚代价如何衡量与计算?等等。茅仲华院长在本书中,将代价定义为:成本性代价、牺牲性代价和消极性代价。其中,在论及刑罚成本与刑罚代价的关系时认为,代价应当包括成本,研究代价不能离开成本。刑罚成本包括两类:一是经济成本;二是社会成本。这

[1] 参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第225页。

两类成本都是刑罚适用必须付出的代价。我认为,这一观点是较为可取的。本书还以我国实行的“严打”为例,对刑罚代价进行了分析,认为“严打”存在刑罚适用成本、机会成本、浪费成本等问题。这种将效益与代价的分析适用于“严打”的分析进路,还是值得充分肯定的,也为我们理性地看待“严打”的效果提供了参照。

第三章意在从事实认定角度阐述刑罚代价调控的手段。刑罚代价调控,是本书提出的一个概念,其内容是指减少刑罚代价。刑罚代价中包含了错误适用刑罚的代价,这是刑罚代价之最大者。因此,减少冤案是降低刑罚代价的首要之务。本章涉及证据问题与程序问题,是从刑事诉讼法的角度对刑罚代价调控的探讨,贯穿了无罪推定的现代法治原则。尤其是,茅仲华院长能够结合司法个案对如何防止错案进行论述,使得这部分内容具有针对性与可读性。在司法实践中,如何对待疑案,可以说是防止错案的一个重要方面。基于无罪推定原则,疑罪从无是必然结论:不能证明有罪即为无罪。然而,在我国司法实践中无罪推定的观念远远没有深入人心,对于疑案的久拖不决,甚至疑罪从有的做法时有发生,都是令人触目惊心的。我国刑事诉讼法学界对于如何防止错案的讨论已经很多,但从刑罚代价角度对此的探讨尚属首次。

第四章是从量刑均衡角度对刑罚代价调控的探讨。刑罚代价与刑罚轻重之间具有关联性。认识到刑罚本身具有一定的代价,在刑罚裁量的时候就应当避免刑罚滥用,尽可能地节省刑罚。因此,量刑均衡就是应有之义。茅仲华院长在本书中对量刑问题进行了实证研究,指出了量刑中存在的问题,例如同罪不同罚、同罚不同罪、罪刑不相适应。在我国司法实践中以往注重定罪问题,对量刑则重视不够。这种现象目前已经开始扭转,量刑规范化成为人民法院司法改革的亮点之一。在量刑规范化的努力当中,如何做到量刑均衡,使刑罚发挥最大的效益,并且尽可能地减少刑罚的代价,这是必须面临的一个课题。

我以为,本书对此的探讨是具有启迪意义的。我们应当认识到,不仅刑及无辜是一种恶害,而且超过罪过的刑罚同样也是一种恶害,从刑罚代价的角度来看,都是应当尽量避免的。

第五章刑罚代价的克减,是从恢复性司法等刑罚替代措施的角度论及刑罚代价的克减,也是论文具有较为广阔的理论视野的篇章。在某种程度上,甚至可以说为将来刑罚代价的克减提供了一种可期待的径路。像刑事和解等具有恢复性司法特征的尝试已经在我国司法实践中开展,也已经取得了较好的社会效果与法律效果。当然,如果将其上升到更高的法律层级,这还有待于立法跟进。茅仲华院长以其司法者的身份对此的描述与憧憬,使我们看到了这些刑罚代价的克减措施具有现实生命力,也是令我们期待的。

刑罚代价虽然是一个理论话题,但茅仲华院长能够紧密结合司法实践写成一本具有实践品格的专著,这是值得充分赞赏的。茅仲华院长于20世纪80年代后期,毕业于华东政法学院法律系。此后长达二十多年的时间里一直在法院从事刑事审判业务,尤其是职务犯罪的审判,因此积累了丰富的司法经验。茅仲华院长不满足于对司法活动的经验把握,而是追求对司法活动的理性认知。在任职之余,认真钻研理论知识,并且在职完成了硕士与博士的学习,成长为一名专家型的高级法官,这是令人敬佩的。这也在一定程度上使我反思对于在职攻读学位制度的认识。我历来不赞同在职攻读学位的制度,尤其是在职攻读博士学位。我所任职的北京大学法学院也是最早取消在职攻读博士学位制度的法学院。主要关涉博士培养目标的设定,北京大学法学院博士生培养的目标主要是教学科研型人才,而不是实务型人才,因此不招收在职博士生是其必然选择。以往在职攻读获得博士学位者中,相当一部分是符合博士水平的,但也不可否认存在着把关不严、滥竽充数的情形,我也有直接经验。而像茅仲华院长这样结合切身的司法实践经验写成具有理论性的博士论文的,可谓难能可贵。这里应

当指出,茅仲华院长的博士指导老师是南京师范大学法学院的龚廷泰教授,也是我相交多年的老朋友。龚廷泰教授虽然主要从事法理学研究,但也十分关注部门法理论。茅仲华院长以刑事法为主题,以刑罚代价为核心命题的博士论文之所以能够取得成功,与龚廷泰教授的悉心指导是分不开的。

最后,我期待着茅仲华院长在未来的司法经历中践行法治理念,不辜负时代的期许,为刑事法治建设贡献才学。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋家园寓所

2013年1月9日

摘 要

刑罚是作为犯罪的对应物而产生的,是社会对于犯罪的反应。在相当长的历史时期内,人们一直崇尚刑罚,刑罚被视为是对付犯罪的唯一手段。自贝卡利亚以来,刑罚问题逐渐受到社会重视,学者对刑罚的根据、刑罚的功效和刑罚的目的等核心问题进行了深邃的研究。“刑罚如双刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害”,因为刑罚有其局限性和消极作用,国家创制、适用和执行刑罚都要付出代价。刑罚的代价决定着刑罚的效果。本书从代价论的视角,重点研究刑罚的限度、刑罚的效益和刑罚代价的调控。

刑罚的正当性(the Justification of Punishment)规定着刑罚如何存在与运用,这就是刑罚的哲学根基。报应论(Retribution)与功利论(Utility)世代对垒,形成刑罚理论的两大支柱。从刑罚根据溯源,刑罚权源于国家的产生。刑罚从严酷走向轻缓,但对犯罪人的剥夺性痛苦的本质没有改变。从等量报应、等价报应,到该当(Desert, Deservedness)理论;从一般预防、特殊预防,到忠诚理论。报应论与功利论从排拒走向融合,不论是应然还是实然,以预防为基础的综合理论已成为我国刑罚的目的选择。

社会的发展进步伴随着代价,代价具有必然性、两重性和可控性。代价可划分为必然性代价和人为性代价。掌握代价的度、把代价限制在最小限度、通过扬弃代价且选择新的发展模式是代价调控的基本内涵。同

样,刑罚的代价也伴随着国家制定、适用及执行刑罚的全过程,并由国家和全体社会成员来承担。刑罚的代价是由犯罪原因的多样性与刑罚功能的局限性、刑罚的消极作用与国家刑权力不当行使所产生。主要表现在刑事立法不当,刑罚万能,重刑主义泛滥;刑罚适用失当,刑案错判,量刑失衡严重;刑罚执行机械,成本过高,矫治效果不佳。

在充分认识刑罚的限度的同时,反思我国“严打”刑事政策,探寻防止刑事冤错案件司法路径,实证分析刑事审判特别是职务犯罪案件审判量刑均衡机制。刑罚代价的调控就是将刑罚的代价控制在合理的限度之内。这就必须要贯彻宽严相济的基本刑事政策,树立正确的刑罚效益观;实行“轻轻重重”的两极化刑事政策,实现刑罚效益的最优化;确立疑罪从宽的刑事司法理念,严格刑事证明标准;规范法官自由裁量权,建立量刑程序,充分实现量刑的公正和均衡。既要克服重刑主义思想影响,防止片面从严,以致刑罚失灵,也要避免受轻刑化思想影响,一味从宽,以致社会秩序失控。

当下,随着全球犯罪率的上升,教育刑主义的反动,“对抗式司法”模式已被突破,“合作性司法”模式走向前台,恢复性司法已在中国移植并实践,这些是私力对公权的扩张的表征。世界各国对严重刑事犯罪的危害认识趋同,引渡、移管及外国刑事判决的承认与执行已不再停留在理论层面,这与我国刑事司法主权原则特别是保留死刑的刑罚制度发生冲突。这些扩张与冲突是刑罚的价值选择,也是刑罚发展的合理代价。

Abstract

Punishment emerges as the counterpart of crime and as a social response to crime. Punishment has long been highly valued, for it is regarded as the sole way to deal with crimes. Since Beccaria called punishment into question, the related issues have been drawing increasing attention from society and consequently, scholars, pundits and experts alike have all made profound studies of its rationale, its utility, its purpose and some other crucial issues. "Like a doubled-edged sword, punishment, if put to improper use, will hazard the State and the individual." The alarm still rings true today. Because of its built-in limitations and negative role, any misuse of punishment will cause the State's legislation, application and execution of punishment to pay high cost for it. In other words, the punishment cost bears directly on its effect. Considering this factor, this dissertation will focus its discussions on the limitations, the efficiency as well as the regulation of punishment from the perspective of cost. Or, alternatively, it will examine the dynamics between punishment and cost.

The justification of punishment determines how punishment exists and how it is meted out. This is the philosophical foundation of punishment. Retribution and Utility, both of which have, for many generations, been in

existence in opposition to each other, are the two pillar strands of theories concerning punishment. The justification of punishment has its origin in the birth of the State. Albeit having tended towards leniency from severity, the nature of punishment, that is, inflicting the suffering of deprivation on the criminal, remains unchanged. From equal revenge through due punishment to Von den Hirsch's theory of Desert, Deservedness; and from general prevention through special prevention to the allegiance theory, Retribution has gradually merged with, rather than excluded, Utility. Whether in principle or in practice, a prevention-based comprehensive theory has been opted for as China's punishment purpose.

Social development is achieved invariably at cost, which has three defining features: necessity, duality and controllability. Cost, in addition, falls into inevitable cost and controllable cost. Controlling the cost reasonably, trying to minimize it and choosing a new mode of development by selectively cutting down the cost constitute the essential content of cost regulation. Likewise, the cost arising out of the entire course of legislating, applying and executing the punishment by the State shall be borne by the State and its members. Basically, the punishment cost is generated by multiple crime roots, limited functions of punishment, its negative role and improper use of the State punishment power. To be specific, the cost is embodied in the improper legislation of criminal crimes; omnipotence of punishment; abuse of severe punishment; mis-application of punishment; misjudging of penal cases; serious sentencing disparity; mechanical enactment of punishment; over hefty cost; and ill correction effect.

Therefore, given the limitations of punishment and China's penal policies regarding "striking hard or cracking down severely", this dissertation attempts to explore a judicial path to prevent falsely and wrongly charged criminal cases, and, through empirical analyses, to construct a

sentencing balance mechanism applicable to judging penal cases, especially those duty crimes. The heart of regulating the punishment cost lies in keeping it within reasonable limits. And this requires a good implementation of the basic penal policy of Justice with Mercy; forging a correct view of the utility of punishment; practising two polarized penal policies, that is, choosing “the lighter of light punishments and the heavier of heavy ones”; optimizing the punishment effect; establishing the judiciary notion of taking the suspicious case as nothing; tightening the validating standards on criminal cases; normalizing the judge’s free sentencing power; and setting up sentencing procedures. By dint of these measures, the justice of sentencing can be fully realized. Or, on the one hand, overly heavy penalty should be overcome, for it will jeopardize the desired effect of punishment; on the other hand, overly light penalty should also be avoided, for this will get the social order out of control.

At present, the global crime rate is mounting; the reaction of educational penalty is making its appearance; while the model “confrontational judicature” has been broken, the model “cooperative judicature” is coming to the fore; and more importantly, resumptive judicature has been transplanted and practised in China. This signals the expansions of private rights over public power. Opinions of different countries on the perils of serious penal offences have tended to converge. Extradition, transferred supervision and the recognition of foreign countries’ sentencing and enactment on penal cases are not restricted to theories only. All these trends conflict with China’s judicial sovereignty principle concerning penal cases, and with the system of keeping the death penalty in particular. In effect, these expansions and conflicts are choices of values and also a reasonable cost for which the penal development has to pay.

Key words: punishment; utility; cost; crimes; penal policy

目 录

导言 / 1

第一章 刑罚的根基与哲学 / 3

第一节 刑罚权根据探源 / 3

一、刑罚的缘起——从天命到契约 / 4

二、刑罚权生成——从习惯到规范 / 10

三、刑罚权论证——先罪而后刑 / 13

第二节 刑罚的本质 / 16

一、刑罚的表象 / 16

二、刑罚的特质 / 19

三、刑罚的机理 / 22

第三节 刑罚的正当性与目的观论证 / 27

一、报应理论——从等害到该当 / 29

二、预防理论——从威吓到忠诚 / 34

三、综合理论——从排拒到融合 / 48

四、刑罚目的选择——从应然到实然 / 56

第二章 刑罚的效益与代价 / 71

第一节 代价论原理 / 72

一、人类进步伴随着代价 / 73

二、应当理性地对待代价 / 75

第二节 刑罚的代价 / 79

一、刑罚功能的局限性 / 80

二、刑罚的消极作用 / 85

三、刑罚的效益考察 / 94

四、刑罚的代价分析 / 97

第三节 “严打”刑事政策理性评论 / 106

一、“严打”刑事政策的基础 / 107

二、“严打”政策的理性反思 / 116

三、宽严相济刑事政策——基于刑罚限度的认识 / 127

第三章 刑罚代价调控的事实认定 / 136

第一节 为什么总是出错? / 136

一、冤错案件——血的代价 / 136

二、冤错代价的原因分析 / 145

第二节 刑事案件定案机理 / 153

一、排除非法证据 / 153

二、合理的怀疑 / 174

三、以口供审查为例 / 177

四、侦查人员出庭作证 / 181

第三节 疑罪从无的司法实现 / 196

一、疑罪处断原则的演变 / 196

二、疑罪从无的价值分析 / 202

三、疑罪从无的司法实现 / 208

- 第四章 刑罚代价调控的量刑均衡 / 228**
- 第一节 江苏法院职务犯罪量刑概况 / 230
- 第二节 职务犯罪量刑之不均衡 / 231
- 一、自由刑适用方面 / 232
- 二、非监禁刑适用方面 / 234
- 三、财产刑适用方面 / 236
- 第三节 量刑不均衡之原因分析 / 237
- 一、职务犯罪立法缺陷 / 238
- 二、刑事司法能力滞后 / 242
- 三、案外因素不当影响 / 246
- 第四节 职务犯罪量刑均衡之路径 / 249
- 一、完善职务犯罪刑罚立法 / 249
- 二、贯彻宽严相济刑事政策 / 251
- 三、推进量刑规范化建设 / 254
- 四、优化刑事法官队伍 / 272
- 第五章 刑罚代价的克减 / 275**
- 第一节 恢复性司法的移植 / 275
- 一、恢复性司法的价值理念 / 277
- 二、恢复性司法的代价分析 / 280
- 三、恢复性司法的中国实践 / 283
- 第二节 刑事和解制度之进路 / 293
- 一、理论思辨：刑事和解之多重镜像 / 293
- 二、制度评判：刑事和解之法治境遇 / 295
- 三、理性定位：刑事和解之制度前瞻 / 300
- 第三节 刑罚的国际协作与融合 / 303
- 一、国际准则与我国刑法 / 304
- 二、国际司法协作与引渡 / 313

4 刑罚代价值

三、引渡的合理代价 / 316

余论 / 325

参考文献 / 328

后记 / 346