

Systematic Criminal Law

体系刑法学

主 编：顾肖荣 叶 青 刘 华 林荫茂

副主编：杜文俊 陈庆安 安文录

刑罚论

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Systematic Criminal Law

体系刑法学

总主编：陈兴良 主编：陈兴良 陈忠海

副总主编：陈兴良 陈忠海 陈永清

刑罚论

中国政法大学出版社

体系刑法学

主 编：顾肖荣 叶 青 刘 华 林荫茂

副主编：杜文俊 陈庆安 安文录

刑罚论

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

《体系刑法学》撰稿人

(按姓氏笔画为序)

万国海	王洪青	王宝杰	王利宾	王佩芬	王 瑞
王玉珏	王春丽	王恩海	尹 琳	邓建辉	邓文莉
卢 进	许 佳	叶 青	安文录	刘志高	李 睿
李雅璇	李长坤	刘 华	刘 源	李振林	吕 洁
朱铁军	阮传胜	杜文俊	陈庆安	陈 玲	吴棻弘
肖吕宝	吴 丹	吴 波	吴菊萍	吴允锋	杜小丽
杨庆堂	张少林	张 闽	张本勇	林荫茂	周 娟
周少鹏	易益典	郭 晶	柯葛壮	胡春健	胡健涛
胡洪春	俞小海	顾肖荣	涂龙科	秦新承	夏 草
贾 楠	黄伯青	曹 坚	程兰兰	董秀红	蒋 涛
揭志文	雷丽清	谭兆强			

前 言

《体系刑法学》一书有两个出发点：一是力求阐明刑法理论知识系统性和完整性；二是详细说明有关刑法的所有重要事项。

为此，本书以我国现行刑法体系为基础，按照我国刑法总则和分则的顺序进行排列。总则方面的内容列为“刑法”、“犯罪”和“刑罚”三册共分二十二章，分则列为五册共分十一章。

本书内容尽可能涵盖刑法学的前沿问题，反映我国刑法最新立法状况，本书已将《刑法修正案（八）》的内容加入其中。

本书的写作注意理论和实践相结合，对某些事项和条文的解说注重比较法的角度和世界性的视野。对有分歧的理论观点，均以通行的学说加以阐明。

试图立足我国刑法学的现状，用比较的方法研究刑法学是本书写作的初衷，但无论从内容到体系编排都有待进一步完善，书中的不足和不当之处，望法学界同仁及广大读者不吝指正。

《体系刑法学》编委会

目 录

第一章 刑罚本质	(1)
第一节 我国刑罚的本质	(1)
第二节 外国刑法中的刑罚本质	(15)
第二章 刑罚的种类	(32)
第一节 主刑	(32)
第二节 附加刑	(50)
第三节 外国刑法中的刑罚种类	(64)
第三章 刑罚裁量	(86)
第一节 量刑的原则	(86)
第二节 量刑情节	(99)
第三节 量刑规范化的展开	(113)
第四章 刑罚执行	(128)
第一节 累犯	(128)
第二节 自首与立功	(134)
第三节 数罪并罚	(152)
第四节 缓刑	(164)
第五节 刑罚的执行	(175)
第六节 外国刑法中的刑罚裁量与执行制度	(193)
第五章 刑罚的消灭	(224)
第一节 刑罚消灭概述	(224)
第二节 时效	(226)
第三节 赦免	(241)

第四节	外国刑法中的刑罚消灭	(247)
第六章	外国刑法中的保安处分	(264)
第一节	保安处分的意义和适用条件	(264)
第二节	保安处分的沿革和立法模式	(276)
第三节	刑罚与保安处分的关系	(291)
第四节	少年法上的保护处分	(298)

第一章 刑罚本质

“本质”一词原属哲学范畴，是指事物本身所固有的、决定事物性质、面貌和发展的根本属性。由此可以推导出，刑罚本质乃是指刑罚本身所固有的、决定刑罚性质、面貌和发展的根本属性，它是刑罚制度本身，即任何刑罚都具有的属性，而不论这种刑罚以何种外在表现形式存在。它也是刑罚所特有的，区别于其他法律制裁手段的内在属性。我国学者和西方学者就何为刑罚的本质存在各种不同的观点，至今仍然争议不休。

第一节 我国刑罚的本质

刑罚是国家为了预防犯罪行为的发生，由最高权力机关在刑法中规定的赋予“刑罚”名称，由审判机关依法对犯罪行为人适用的，并由特定机关执行，用来惩罚和教育犯罪行为人，限制或剥夺其某种权益的最严厉的强制性制裁方法。

刑罚与刑罚权有密切联系。刑罚权是国家依法对实施犯罪行为的人实行刑罚的权力，是国家主权的重要组成部分。它包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权。制刑权是指刑罚的制定权限，属于国家立法机关。在我国，全国人民代表大会及其常委会有权制定、补充、修改刑事立法，确定刑罚的种类和体系、具体犯罪的法定刑、刑罚裁量的原则、刑罚执行方法与制度等等。求刑权是指针对犯罪行为提起刑事

诉讼的权限，一般属于检察机关，例外情况下归于被害人。量刑权是指对犯罪人科处刑罚的权限，属于审判机关。在我国，人民法院在认定行为人是否构成犯罪的基础上，决定是否判处刑罚、判处何种刑罚以及如何适用刑罚。行刑权是指执行刑罚的权利。在我国，监狱和公安机关都是行刑权的实施主体。

刑罚与其他法律制裁方法有着本质上的区别：

1. 严厉程度不同。刑罚限制或剥夺犯罪人的生命、自由、财产和资格等重大权益，使其承受身体上、精神上或财产上的痛苦，相对于其他法律制裁方法而言，是一种最严厉的强制方法。刑罚的严厉性来源于犯罪行为的严重的社会危害性。尽管刑罚不是残酷、野蛮的报复手段，但如果不赋予刑罚的严厉性、痛苦性和惩罚性，也就违背了刑罚的基本属性。

2. 确立主体不同。刑罚的严厉性决定了其实施会对受刑人的利益产生巨大的影响，使其遭受巨大的痛苦，因此，刑罚的制定必须严肃谨慎，这就对其确立机关提出了要求。在我国，刑罚的制定权专属于最高权力机关——全国人民代表大会及其常委会；而其他法律制裁方法对确立机关并不要求专属于最高权力机关，例如一些行政处罚方法就是由国务院或地方政府或地方性人民代表大会来确立。

3. 适用主体不同。刑罚只能由人民法院的刑事审判庭根据刑事诉讼法规定的管辖权适用，而民事处罚只能由人民法院的民事审判庭根据民事诉讼法规定的管辖权适用，行政处罚则由国家各级行政机关根据其各自法律所赋予的行政权限适用。

4. 适用根据不同。刑罚及其适用由刑事实体法和程序法共同规定，因此对犯罪行为人适用刑罚必须根据刑法和刑事诉讼法的相关规定，而民事处罚或行政处罚的相关内容则是分别规定在民事法律法规和行政法律法规中，因此它们的适用根据主要是民法、民事诉讼法和行政法律法规、行政诉讼法。

5. 适用对象不同。刑罚只能对犯罪分子适用，换言之，法院必须首先对行为人进行有罪宣告，才能对其施加刑罚，如果行为人的行

为不构成犯罪，则不能对其施加刑罚。而其他法律制裁方法则适用违反民法或行政法的违法分子，如果它们的违法行为触犯刑法，则应接受刑事审判，决定其刑罚。但必须注意的是，对同一个对象，刑罚可能与其他法律制裁方法同时存在，例如故意伤害案件中，行为人不但要承担民事赔偿责任，还要承担故意伤害罪的刑事责任。

一、刑罚的功能

刑罚功能是刑罚理论体系中重要的组成部分。通常认为，惩罚与教育是刑罚的内在属性，它们从静态角度揭示了刑罚的本质特征，而刑罚的功能则是刑罚的内在属性在其运动过程中的外在表现，是刑罚内在属性的外化。

（一）刑罚功能的概念

刑罚功能，也称作刑罚机能，是指国家制定、适用和执行刑罚过程中可能产生的积极的社会作用。

第一，刑罚的功能贯穿于整个刑罚的制定、适用和执行过程中。刑罚的功能并不局限于刑事法律活动中的某一阶段，而是面向整个刑罚的制定、适用和执行。立法机关规定某一具体犯罪的法定刑及裁量刑罚的制度和程序，影响人们的行为；审判机关对犯罪人适用刑罚以及执行机关对犯罪人执行刑罚直接对犯罪行为人产生作用，间接地对其他社会成员产生作用。

第二，刑罚的功能专指刑罚的积极的社会作用。刑罚如双刃之剑，既有积极作用，也有消极作用。然而，刑罚的消极作用却是排除在刑法的功能这一概念之外的。“功能”一词的本义为“事物或方法发挥的有机的作用”^①，因此，研究刑法的功能就是要研究刑罚对国家和社会生活的正效应以及如何更好地发挥刑罚的积极效应，使刑罚的存在利大于弊，而不能以刑罚的消极作用来论证刑罚功能的不足，进而主

^① 《现代汉语词典》，商务印书馆1983年版，第382页。

张废除刑罚。

第三，刑罚的功能是刑罚对社会大众产生的作用。刑罚的功能所指的对象为社会大众，具有多元性，不但包括犯罪行为人，还包括除此之外的被害人以及其他社会一般人。尽管刑罚的适用只针对犯罪行为人，但刑罚对犯罪行为人以外的社会一般人也产生作用，因此，在考察刑罚的功能时，必须从整个社会大众的角度来考察，才能对其有全面的了解和评价。

第四，刑罚的功能是对社会大众可能产生的积极作用。刑罚在客观上具有产生积极作用的可能性，这种可能性有其存在的根据，不是某个人的主观臆造。同时这种积极作用的产生是可能性的实现，但并不是一种现实性，在实践中是否一定会产生还具有不确定性和或然性。因此，不能以刑罚在个别情况下积极作用的尚未发挥而否认或怀疑刑罚的功能。

（二）刑罚功能的内容

刑罚功能的分类方法多种多样，我国学者提出了二分法、三分法、四分法、六分法和八分法等多种观点。^① 本书认为，根据刑罚功能所针对的对象来进行分类是比较清晰和科学的方法，因此刑罚的功能可以分为对犯罪人的功能、对被害人的功能以及对社会的功能。换言之，本书采纳三分法。

1. 对犯罪人的功能

刑罚是对犯罪分子适用的强制方法，对犯罪分子发挥作用是它的首要功能。刑罚对犯罪人的功能，又包括以下几个方面：

第一，限制再犯条件的功能。刑罚通过剥夺或限制犯罪分子的某种权益，例如，生命的剥夺、人身自由的限制、物质条件的限制、政

^① 二分法将刑罚的功能分为特殊预防功能（剥夺或限制再犯能力、个别威慑、教育感化）和一般预防功能（一般威慑、法制教育、安抚和补偿、强化规范意识）；四分法将刑罚的功能分为报复感情平复机能、保安机能、赎罪机能和预防机能；六分法主张刑罚具有否定、改造、威慑、教育、鼓励与抚慰等机能；八分法主张刑罚的功能可以分为剥夺功能、改造功能、感化功能、威慑功能、鉴别功能、补偿功能、安抚功能和鼓励功能。

治条件的限制、任职资格的限制等等，使其丧失再次犯罪的能力和条件。行为人实施了犯罪行为，是利用其享有的某种权益来获取非法利益，表明了其人身危害性。根据其犯罪行为的危害程度和人身危害性的大小，在相应时期内剥夺或限制其可以用来实施犯罪的权益，从外部来保证其永远不能再犯或一定时期内不能再犯，是实现刑罚特殊预防的最起码功能，也是必要前提。

第二，惩罚功能。刑罚是惩罚犯罪人的手段，它以限制或剥夺犯罪分子的重大权益为内容，使犯罪人感受到一定的痛苦。这种痛苦既有因丧失精神上、身体上或财产上的利益所带的痛苦，也有因受到政治上、道义上的否定评价和严厉谴责而带来心理上和精神上的耻辱和痛苦。如果不能通过适用刑罚对犯罪分子加以惩罚，不能使犯罪人感到痛苦，那就失去了刑罚的意义，不仅无助于抑制犯罪，而且会鼓励犯罪。而犯罪分子因其犯罪行为必须承受这种惩罚，就会考虑今后避免再遭受类似的痛苦，从而就会产生抑制重新犯罪的意念。

第三，教育改造功能。要达到对犯罪分子特殊预防的目的，仅仅从外部限制其再犯的条件以及施加惩罚是远远不够的，还必须对犯罪分子加以教育和改造。刑罚对犯罪人的限制再犯条件的功能和惩罚功能与刑罚同时产生，而刑罚对犯罪人的教育改造功能，则是近代西方启蒙思想和近代学派刑罚思想的产物。我国十分重视刑罚对犯罪人的教育改造功能，这基于无产阶级改造社会和改造人类的历史使命以及辩证唯物主义关于人是可以改造的认识论。在刑罚的制定、适用和执行过程中，犯罪分子受到教育，消除犯罪的思想根源，把自己改造成遵纪守法、适应社会的良好公民。

以上三个功能相辅相成。限制再犯条件的措施本身就是对犯罪分子的惩罚，也是教育和改造犯罪分子的前提。教育和改造犯罪分子与限制再犯条件和惩罚犯罪分子相结合，全方位地从思想上、外部条件上、精神上使犯罪人真正放弃犯罪，达到特殊预防的目的。

2. 对被害人的功能

刑罚不但直接地对犯罪分子产生作用，也对被害人发挥着重要的

功能。这里的被害人不但包括犯罪行为的直接被害人，也包括直接被害人的家属。犯罪行为的实施，不仅造成了被害人人身、财产及（或）名誉上的损害，而且往往破坏了被害人的心理平衡，使他们感到痛苦、愤怒、恐惧、不安，容易产生复仇的欲望，导致新的犯罪。如果国家及时针对已经发生的犯罪行为，依法给予犯罪分子应有的惩罚则能使抚慰被害人为其自身或亲友的生命、健康或财产受损而痛苦的心情，满足其本能的复仇需要，平息其愤怒和仇恨，避免被害人对犯罪分子采取私人报复，酿成新的犯罪，同时也能使被害人从刑罚的威慑力和必然性中感受到法律对他们的保护，增强其安全感，恢复被犯罪行为破坏的社会心理秩序。

充分发挥刑罚对于被害人的安抚功能，对于伸张正义、平息民愤、维护社会稳定、培养公民的法律信念和法律情感，具有重要意义，也是实现一般预防目的所必不可少的社会效应。

3. 对社会的功能

刑罚对社会的功能是指刑罚对犯罪分子和被害人以外的其他社会一般公众的功能。刑罚虽然是对犯罪人适用的，但它同时是社会的防卫手段，对社会一般公众也会产生积极的作用。刑罚对社会的功能，主要包括以下几个方面：

第一，威慑功能，又称为威吓功能，即刑罚以其限制或剥夺某权益的强制力以及痛苦性使人畏惧而不敢犯罪。国家通过刑事法律的制定与颁布，确定罪刑关系和刑罚体系，并通过司法机关对犯罪分子具体刑罚的适用和执行，预先向意图犯罪的人宣告何种犯罪行为会受到何种处罚，使他们感受到刑罚的确定性和痛苦性，从而迫使他们在趋利避害的心理支配下，不敢以身试法，放弃犯罪的意图。因此，我们对刑罚在各个阶段上的威慑功能都不应忽视。

第二，教育鼓励功能。公民自觉遵守法律，有赖于他们法律意识和法制观念的不断增强，而犯罪分子的犯罪行为则是对整个社会和公民的挑战与侵害。对犯罪行为规定刑罚、对犯罪分子适用和执行刑罚都表明了国家和社会对相应犯罪行为的否定评价，这可以教育广大人

民群众什么是犯罪行为以及犯罪行为的后果，鼓励他们自觉地遵纪守法，做合法公民，自觉维护法制，团结一致积极参与同犯罪分子的斗争，形成良好的社会风气，维护广大人民群众的根本利益。

二、刑罚目的

我国刑法理论界对刑罚目的之界定有广义目的说和狭义目的说两种观点。广义目的说认为刑罚的目的是国家制定、适用和执行刑罚所期望达到的效果，而狭义目的说则认为，刑罚的目的仅限于国家对犯罪分子适用和执行刑罚所期望达到的目的。目前占据主流通说的观点是广义说，多数刑法著作持这一看法。实际上，刑罚从其制定、到其适用、执行整个过程都能对犯罪分子、被害人和社会一般公众产生相应的作用，国家可以通过制定、适用和执行刑罚达到其所期望达到的效果，因此，在探讨刑罚的目的时，我们不能局限于刑罚适用和执行的阶段，这是不全面的。我们必须系统、全面的考察整个刑罚体系，研究其各个构成要素的运行机制，将刑罚目的解释的视野放宽到整个刑罚制定、适用以及执行的全过程。

综上，刑罚目的是国家制定、适用和执行刑罚所预期实现理想效果。它是国家预先设立的确刑事政策、制定刑事法律、左右刑罚根据、决定刑罚体系和种类，以及刑罚具体适用原则与执行制度的基本因素，是整个刑罚制度赖以建立的出发点和归宿，指导着刑事立法、司法和行刑活动的全过程。

我国刑法学界对刑罚目的内容的认识并不统一，存在多种内容各异的观点。

（一）单一目的说和多重目的说

从刑罚目的内容的多寡上，我们可以将这些观点分为单一目的说和多重目的说。

单一目的说认为，刑罚的目的在内容上是单一的、排他的，不可能有几个不同的目的同时存在。例如有学者认为，刑罚的目的在于惩罚犯罪分子；还有的学者认为刑罚的目的在于改造犯罪分子、使其重

新做人；有的学者则认为，刑罚的目的是预防犯罪，包括特殊预防与一般预防。而多重目的说则认为，刑罚目的在内容上不是单一排他的，而是具有十分丰富的内涵，它可以同时存在两个或两个以上的目的。例如，有的学者认为，刑罚的目的是惩罚犯罪分子和教育改造犯罪分子；有的学者认为，刑罚的目的是惩罚犯罪分子、改造犯罪分子和教育社会一般公众增强守法观念，积极同犯罪分子做斗争；有的学者将刑罚的目的从不同层次区分为根本目的（预防犯罪）和直接目的（惩罚犯罪、威慑犯罪分子及社会不稳定分子、改造犯罪分子）等等。^①

（二）惩罚目的、威慑目的、改造目的、教育目的、预防目的

我国学者对刑罚目的内容的认识主要有惩罚、威慑、改造和预防等几种不同的观点或组合。惩罚目的是指刑罚的目的在于惩罚犯罪分子，使他们感到痛苦，以制止犯罪的发生；威慑目的指刑罚的目的在于威慑犯罪分子和社会上不稳定分子；改造目的是指刑罚的目的在于改造犯罪分子，使其重新做人；教育目的是指刑罚的目的在于教育社会一般公众增强守法观念，积极同犯罪分子做斗争；预防目的是指刑罚的目的在于预防犯罪，包括一般预防和特殊预防。

实际上我国刑法学界对刑罚目的的不同观点，从内容上来看，都是这几种目的中的其中一种或其中几种的组合。惩罚说认可刑罚的惩罚目的；改造说吸纳了刑罚的改造目的；预防说主张刑罚的预防目的；双重目的说涵盖刑罚的惩罚和教育改造目的；三目的说包括刑罚的惩罚、预防和教育目的；预防和消灭犯罪说进一步发展了刑罚的预防目的；根本目的和直接目的说从不同层级论述了刑罚的预防目的以及惩罚、威慑和改造目的。

本书认为，惩罚是刑罚的固有属性，不是刑罚的最终目的。刑罚通过充分发挥其惩罚犯罪分子、教育改造犯罪分子、威慑犯罪分子或

^① 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年第2版，第59页以下。

社会上不稳定分子、教育社会一般公众等功能，最终要达到的目的只有一个，就是预防犯罪。我国刑法第2条关于刑罚职能“同一切犯罪行为作斗争”的规定也从立法上表明，刑罚是用来与犯罪作斗争的手段，不但包括犯罪后对犯罪的处理，更重要的是为了预防犯罪的发生。

（三）预防犯罪说

如上所述，我国刑罚的目的是为了预防犯罪。根据预防的对象不同，预防犯罪说分为特殊预防和一般预防两个方面，也称为双面预防。

1. 特殊预防

特殊预防是针对已经实施了犯罪行为的犯罪分子而言的，具体是指通过对犯罪分子适用刑罚，惩罚改造犯罪分子，预防他们重新犯罪。犯罪分子实施犯罪行为表明其对法律秩序和社会权益的漠视或忽视，其人身危险性相对较大，再犯可能性也较大，必须对其进行特殊预防。如果不对他们进行特殊预防，犯罪分子往往会基于犯罪行为获得精神上或者物质上的满足而促使他们再次犯罪。对犯罪分子进行特殊预防，主要是通过两个方面来综合进行的。

第一，惩罚和剥夺。犯罪分子实施犯罪行为是为了获取某种精神上或物质上的利益。对犯罪分子施加相应的惩罚，使其遭受相应的痛苦，则会使得犯罪行为必须付出相应的代价。犯罪代价越低，行为人实施犯罪行为的获利就越大，犯罪的意图就强烈，相反，犯罪代价越高，行为人实施犯罪的获利就越小，犯罪的意图就越薄弱。通过对犯罪行为的否定评价、严厉谴责、社会非难和权益剥夺，使得行为人认识到犯罪行为的巨大成本，从而不敢再以身试法、不愿以身试法，抑制和打消再次犯罪的意念，达到预防犯罪的目的。

此外，刑罚对犯罪分子的惩罚是通过剥夺犯罪分子的某种权益而进行的。这些权益往往是犯罪分子再次犯罪的能力和条件，例如生命、人身自由、财产利益和行为资格。通过对不同的犯罪分子适用不同的刑罚，能够从外部条件上剥夺他们重新犯罪的能力和条件。对极少数罪行极其严重的犯罪分子适用死刑，剥夺其生命，从而永远剥夺其重

新犯罪的能力。这是一种最简单、最有效的特殊预防方式，但死刑只能对极少数犯罪分子适用，不是实现特殊预防的主要途径。对其他不适用死刑的犯罪分子，通过剥夺或限制其人身自由使其终身或在一定时期内与社会隔离，不能实施犯罪行为；通过剥夺犯罪分子的财产利益，使其丧失重新犯罪的资本和物质条件；通过剥夺犯罪分子一定的权利或资格，防止他们利用这些权利或资格重新进行犯罪，达到特殊预防的目的。

第二，教育和改造。前面论述的刑罚的惩罚与剥夺功能使犯罪分子经受痛苦和产生畏惧心理，但这只是从外部消极地、暂时地抑制或打消犯罪分子的犯罪意念，而不能从根本上消除其犯罪心理。要促使犯罪分子积极主动地、永久地放弃犯罪意图，必须对犯罪分子加以教育与改造，针对犯罪分子的心理状态、人格特征和具体犯罪情况，采取相应的矫正措施。审判机关不对犯罪分子判处死刑立即执行，也表明了犯罪分子改造的可能性。我国《监狱法》第3条明确规定，监狱对罪犯实行惩罚与改造相结合、教育与劳动相结合的原则，将罪犯改造成为守法公民。我国刑罚通过生产劳动、政治思想教育和学习文化技术，积极地将犯罪分子加以改造，矫正犯罪分子的犯罪心理和反社会个性品质，教育他们认罪伏法，悔罪自新，使其痛改前非，弃恶从善，树立劳动观念，学会谋生技能，养成守法习惯，培养正确的世界观和人生观，从而将他们教育和改造成为遵纪守法、自食其力的合格公民。

特殊预防目的的实现必须妥善处理刑罚的剥夺惩罚性和教育改造性之间的辩证关系。刑罚必须具有惩罚性，使犯罪分子在其权益的剥夺和限制中感受到痛苦，体会到刑法的公正和严厉，认识到犯罪行为所要付出的代价。如果刑罚失去或不正当地减轻了其惩罚性，对犯罪分子产生不了任何精神压力和痛苦，这将不利于刑罚个别威慑功能的发挥，不利于特殊预防的实现。但一味的惩罚容易使犯罪分子产生抵触和对抗情绪和行为，必须结合耐心细致的思想教育和必要的劳动改造，不但从功利上抑制犯罪分子的犯罪意图，而且从思想上彻底消除