

刑罚学

邱兴隆 许章润 著

中国政法大学出版社

D914.01 743

Q81

刑 罚 学

邱兴隆 许章润 著



A0926446

中国政法大学出版社

再版前言

也许是一种牵挂；也许是一种怀旧；也许还有几分敝帚自珍(?)。复归学界后，最想做的第一件事便是修订12年前写的这部书。然而，我最终决定原封不动地将本书予以再版。当然，我没有忘了把初版中因排校失误而造成的印刷错误予以纠正，并顺便将某些非改不可的语病作了修改。但所有少得可怜的修正都只限于文字，丝毫不涉及任何立论或观点。

作为国内第一部也是至今为止唯一的一部以《刑罚学》命名的著作，本书所受到的学界关注是我始未料及的。在写作时，我未敢想象过，在12年后的今天，此书尚为学界所广为参考、引证，尽管这些参考与引证不少是批判性的。

然而，在我本人今天看来，这部书除了其在推动新中国刑法学中刑罚论的研究方面所起的历史作用外，已无多少学术价值。原因在于，我现在不只是对本书的体系、结构极不满意，而且对其中绝大部分立论与观点，都持一种断然的否定态度。有兴趣的读者从对这部书与我近期出版的《刑罚理性导论》、《刑罚理性评论》（中国政法大学出版社，1998年、1999年版）以及“刑论系列”（中国检察出版社，1999年版）等的对比中，不难得出这样的结论。正由于我认为，本书只有一点历史价值（我说的是我个人认为，不等于说是一种社会认同），而无任何现实意义（同样是我个人认为，而未必意味着一种社会评价），才觉得其没有必要与无法修正。否则，便不会是修正，而是重写。而从历史的角度来看，重写的《刑罚学》，便不

再是《刑罚学》。正如何重写的历史都不是真正的历史。

我前面提到，本书曾受到不少批判。有趣的是，几乎所有受到批判的都是我至今并不认为是错误的，倒是那些得到学界所认同的，反而有不少是我现在所否定的。正是为了给更多的读者尤其近期致信于我索求此书的读者提供继续批判的蓝本，也是为了让读者能了解我的学术思想的发展经过，我才决定让此书原封不动地再版。不管怎么说，没有《刑罚学》的开端发刃，便不会有我现在自认为成熟的学问。诚如没有我，便不会有我的孩子。正由于有这种渊源关系，我才就本书中现已为我所否定的立论或观点作了必要的注文，以便读者鉴别。

我不知道读者是否认同，敢于否定自己也算是甚至应该是一种学格，但我本人是这么认为的。正如我新的人生对旧的人生的否定在我本人看来是一种新陈代谢一样，我现在的学术生命也源于对早期学术生命的扬弃。由衷的自我否定是困难的，更是需要有勇气的，因而才是难能可贵的。自我否定对任何人来说都不失为弥补一种遗憾。然而，虽然“没有遗憾的生命不是真正的生命”，但是，明知是一种遗憾却不弥补甚至不敢承认，才是真正的遗憾。为了不给自己留下真正的遗憾，我会再写一部刑罚学来系统地扬弃我在本书中所展示的早期的学术思想。当然，再写的这部书不会再命名为《刑罚学》，而会是《关于刑罚的哲学》或《新刑罚学》。不过，这需要时间的磨砺与思想的提炼。如果说在 36 岁的今天我尚可以“树不可能倒过来长”为由宽容自己在 24 岁时留在本书中的幼稚，那么，到 48 岁，更远一点说，到 60 岁时，我便不可能乃至没有机会再原谅自己在 36 岁以后的学术生涯中继续留下任何不成熟。毕竟，人的自然生命是有限的，而人的学术生命更是短暂的；毕竟，36 岁已不再是幼稚的年龄。

我很留意但从不太在乎我的书与我的思想在读者中引起的反响。不“很留意”不只是对读者的不尊重，更重要的是会使自己失去一种不断扬弃的理性源泉；而“太在乎”又会扭曲自己的学格，甚

至失去作为做学问的内在前提的自我和谐。毕竟，我写的是我的书；毕竟，我的书应该是我的思想的载体。尽管如此，我还是衷心感激读者曾经对我的书的肯定或否定的关注，也企盼着读者对我的学术思想的新的批判。

应该郑重申明的是，我的以上前言只是就我所写的《刑罚学》的前四篇而言的，丝毫不能适用于我的合作者许章润先生所撰“行刑篇”。我无权对许先生的“行刑篇”作何改动，只有义务尊重其原貌。遗憾的是，许先生求学澳洲，我无法征求其对本书再版的意见。好在世界不大，我相信终有一天会与许先生在期待中重逢，届时也许能在把盏盈盈中弥补昨日与今日的遗憾。

感谢中国政法大学出版社给了本书再版的机会。

湘中东台山人邱兴隆

1998年12月

于冀省石门市郊

绪 论 篇

第一章 刑罚学概说

第一节 刑罚学的概念

任何涉足刑罚学的人都会因刑罚学缺乏一个统一的界说而困惑。近两个世纪以来,人们一直在研究刑罚学,但刑罚学的定义却至今仍然众说纷纭。

围绕刑罚学的定义所产生的分歧,焦点集中在如何确定刑罚学的研究对象以及怎样认识刑罚学与其他相关学科的关系上。因此,要明确刑罚学的概念,还得从它在研究对象上不同于其他相关学科的特殊性谈起。

顾名思义,刑罚学是研究刑罚的学问。据此,说刑罚学以刑罚为研究对象,不会引起大的非议。问题在于,除了刑罚学,其他一些学科也不同程度地要涉及对刑罚的研究。这就产生了从研究对象上明确刑罚学与其他相关学科之区别的必要性。

与刑罚学密切相关的第一门学科是犯罪学。广义上的犯罪学,不但研究犯罪的原因,而且也研究犯罪的防治,而刑罚又是防治犯罪的重要措施之一。因此,犯罪学不可避免地要研究刑罚问题。正是在这一意义上,西德著名犯罪学家孔德·凯塞尔在其1976年出版的《犯罪学》一书中,认为刑罚学只不过是犯罪学的一个组成部分,没有其作为一门学科的独立性。然而,即使是按照广义犯罪学理论,犯罪学也不是从总体上一般地研究刑罚问题,而是把研究的领域局限于刑罚对犯罪的预防作用以及刑罚同其他预防犯罪的措施的关系。至于有关刑罚的其他重要问题,如刑罚的一般哲理、刑罚的创制、裁量与

执行,却为犯罪学所无法包容。自此以观之,以刑罚为专门研究对象的刑罚学与仅把刑罚当作研究内容之一的犯罪学,相对来说,应该是彼此独立的,而不是部分与整体的关系。毕竟,犯罪学只把与刑罚有关的某一方面的问题而不是把有关的一切问题纳入其理论体系之中,它与刑罚学在研究对象上的交叉,应该理解为不同学科的合理交叉。

与刑罚学密切相关的第二门学科是刑法学。1899年,刑事社会派的奠基人之一李斯特(Franz. von. Lizst, 1851——1919)在说明刑事科学的任务时,曾对刑法学与刑罚学的任务作了如下区分:刑法学——为在实践中揭露犯罪训练刑法领域的专职人员;刑罚学——解释刑罚的原因。^{〔1〕} 尽管李斯特在这里对刑法学与刑罚学各自的任务的表述确切与否,尚可推敲,但他将刑法学与刑罚学作为两门互相独立的学科的观点却是无懈可击的。刑法学是关于犯罪与刑罚的学问,刑罚理所当然地构成刑法学的研究对象之一。然而,刑法学又仅仅是关于法律上的犯罪与刑罚的学问,它对刑罚的研究仅限于刑法中的刑罚规范。这是因为,刑法学是一门实用性的注释学科,它对刑罚的研究只限于对既存刑法中有关刑罚的规定的说明。而以刑罚为专门研究对象的刑罚学对刑罚的研究则不囿于已有的刑罚规范,它更主要的是探究刑罚所应有的哲理,以及这些哲理在包括刑事立法实践在内的刑事实践中的贯彻。在这里,已有的刑罚规范主要不是作为注解诠释的对象而是作为刑罚哲理的评价客体而存在。因此,注释已有的刑罚规范与探究应有的刑罚哲理,便是同以刑罚为研究对象的刑法学与刑罚学的根本区别所在。

与刑罚学密切相关的第三门学科是劳改学。劳动改造法学,或称监狱学,已作为一门专门的学科得到我国法学界的承认。它研究的应该是如何执行自由刑,以及在自由刑的执行过程中怎样改造罪犯的问题。因此,与自由刑有关的许多刑罚问题,都必然在劳改学中得到

〔1〕 参见B. 亨利斯特:《比较犯罪学》,1981年英文版,第3页。

反映。但是,劳改法学并不因此便可以取代刑罚学,相反,它只不过是刑罚学的一门应用学科。因为它并不是从整体上探究有关刑罚的一切问题,甚至于也不涉及有关自由刑的所有问题,而只限于研究自由刑的执行这一具体问题。

刑罚学与其他相关学科在研究刑罚的范围与角度上的以上差异,反映了刑罚学的研究对象的特殊性及其作为一门相对独立的学科的必要性。为醒目目,不妨把刑罚学的研究对象进一步具体化。这就是:

1. 刑罚所应有的一般哲理。主要探讨有关刑罚的一般性的理论问题。

2. 刑罚的体系。主要研究如何根据刑罚的一般哲理确立合理的刑罚体系以及怎样评价与完善既存刑罚体系。

3. 刑罚的裁量。主要考察如何根据刑罚的一般哲理合理地裁量刑罚。

4. 刑罚的执行。主要说明如何根据刑罚的一般哲理对犯罪人执行刑罚。

明确了刑罚学的研究对象,我们具备了给刑罚学下一较为确切的定义的前提条件。在此基础上,我们可以把刑罚学界定为关于刑罚的哲理及其在刑事实践中之贯彻的科学。

第二节 刑罚学的研究方法

一定的研究方法是进行科学研究的前提条件。一门科学的成熟与否,在很大程度上取决于其是否有一套科学的研究方法。刑罚学是一门社会科学,因此,社会科学的许多研究方法,同样适用于刑罚学。从以往刑罚学者的大量著述中,大致可以总结出如下数种基本的研究方法。

一、定性分析法

所谓定性分析法,是指从“质”的方面分析事物,确定事物的性

质,揭示其内部固有的规定性。在定量分析方法引入刑罚学研究以前,刑罚学者们对刑罚问题的考察大都是借助定性分析方法。他们通常根据某一般原理或原则,对与所研究的刑罚问题有关的素材进行一番演绎推理或归纳总结,展示一定的理由,从而就有关问题得出一定的结论,形成由论点、论据与论证组成的一定的理论体系。如:古典刑罚学者边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832年)从功利主义的刑罚原理出发,首先假定一切刑罚都应该是预防犯罪的手段,据此提出重刑只有在能比轻刑收到更大的预防效果时才是正当的这一命题。在此基础上,他通过对死刑与终身监禁的优劣利弊的对比分析,论证了死刑对犯罪的预防效果并不大于终身监禁的预防效果,从而得出了应该用终身监禁取代死刑的结论,形成了废止死刑的理论体系。^{〔1〕}在当代,统计分析方法之被广泛运用于刑罚学的研究,使得定性分析方法在刑罚学中的方法论意义有所减弱。但是,这并不意味着它对刑罚学研究已无关紧要。原因在于,在无法进行定量分析的那些刑罚领域,定性分析方法仍然大有市场。以刑罚的概念为例,刑罚之不同于其他强制措施的特点,便只有从定性的对比分析中才能得到说明。而且,即便是可以进行定量分析的刑罚问题,也需要有一定的定性分析才能得到完整的说明。如:刑罚的效果是刑罚学中实现定量分析化最早、最彻底的问题,当今的美国刑罚学者对刑罚的效果的研究已达到了可以用数量来表示其大小之境地。然而,对刑罚的效果的定量分析,总是以定性分析所提出的命题与结论为起点与范围。离开了定性分析提出的“一般预防”、“个别预防”等命题,对刑罚效果的定量分析便寸步难行。由上可见,定性分析法,作为刑罚学的一种重要的研究方法,远未成为历史的陈迹,而是仍然有着不容低估的现实意义。

二、定量分析法

定性分析法虽然是刑罚学的一种重要的研究方法,但由于它只

〔1〕 详见邱兴隆:《边沁的功利主义死刑观》,载《外国法学研究》1987年第1期。

注重定性的描述与说理,所作的论证往往不够严密,所得出的结论也不够精确。因此,对刑罚学中的有关问题的定性分析结论,容易遭到怀疑与责难。为了消除定性分析方法的局限性,使对刑罚问题的认识更为准确,刑罚学者们自上个世纪末开始,把定量分析方法引入到了刑罚学之中。所谓定量分析,就是从事物的量的方面分析事物,揭示其量的规定性,进而认识其本质,使定性分析的成果更为科学化。定量分析方法,在当代刑罚学中,正起着日趋重要的作用。1975年,美国经济学者埃利克(Erich)曾根据有关统计数据,对美国的死刑适用情况与杀人率之间的关系作了定量分析,得出了每处死一名杀人犯可挽救七、八条人命的结论。这一结论,从量的角度印证了千百年来人们基于常识的定性分析结论,即死刑具有无与伦比的遏制力,推翻了贝卡里亚(C·Baccaria,1738—1794年)、边沁等古典刑罚学者以及不少当代刑罚学者基于其特有的定性分析逻辑而得出的结论,即死刑的遏制作用并不大于终身监禁,并成为美国在1976年恢复死刑之适用的理论依据。定量分析方法在刑罚学中的作用由此可见一般。

当然,定性分析也好,定量分析也罢,都各有利弊。在刑罚学研究中,只有把两者有机地结合起来,才能达到臻于完善的境地。没有定量分析的定性分析之结论难免失之空泛,很难具有排他性,因此,单纯的定性分析,必然导致在刑罚学许多问题上的众说不一。而没有定性分析的定量分析,又很难确定分析的对象与范围,得不出应该得出的结论,因此,纯粹的定量分析,势必使刑罚学研究处于杂乱无章的状态,缺乏应有的理论构架。

三、比较法

比较的方法是认识事物的特征、性质、原因的重要手段,因而构成刑罚学的必要研究方法之一。所谓比较的方法,是指对有关的刑罚问题进行不同时空的对比分析,从中找出其共性与个性。

比较方法的表现形式是多种多样的。从比较的角度来看,可分为横向比较与纵向比较。横向比较即空间比较,是把可比的刑罚问题置

于一定空间范围内进行对比分析。例如:为了考察死刑的遏制效果,当代美国刑罚学者往往对废除死刑的国家或州在特定时期内的杀人率进行对比分析,以期从中发现死刑的存废与杀人率的升降之间的关联,进而揭示死刑遏制力之有无及其大小。这便是采取的横向比较法。纵向比较,即时间的比较,是从历史的发展过程考察有关的刑罚问题的发生、发展与演变态势,把这些问题的过去、现在与将来加以动态的对比分析,从中揭示这些问题发展变化的规律性的原因。如:刑罚制度经过数千年的发展,发生了很大的变化。在奴隶社会,死刑在刑罚体系中占主导地位,而在当今世界各国刑罚体系中,自由刑已取代主刑跃居主导地位。对此,便需要用纵向比较法,联系不同历史时期的社会特点,考察刑罚的进化原因。就比较的范围而言,可分为宏观比较与微观比较。宏观比较是在较大的范围内就有关的刑罚问题进行比较分析。这种比较方法,主要适用于分析典型事例。如:为了了解某地量刑的衡平性,便可以对该地所属的两个以上的法院的适用刑罚情况进行微观比较。根据比较的内容,还可分为综合比较与专题比较。综合比较是对不同国家的刑罚理论与制度进行整体上的比较。如:要弄清当代刑罚理论与实践的发展趋势,便只能采取这种综合比较的方法。专题比较则是对刑罚中的某一问题加以比较研究。如:在研究自由刑时,不可避免地要论及自由刑的发展趋势,这就有必要对世界各国的自由刑问题进行专题比较。

运用多种形式的比较来研究刑罚学,可以扩大研究的视野,丰富研究的内容,克服或避免研究中的片面性。

四、综合法

刑罚是一种复杂的社会法律制度,对它的研究必须借助多学科的研究方法。如:对刑罚的根据的研究,实际上是探讨刑罚的道德性问题,因而离不开伦理学的研究方法;对刑罚的功能的研究也离不开犯罪学与心理学的研究方法,因为刑罚的功能是刑罚对社会成员的影响,而这种影响又必须从犯罪的一般运动规律与个人的心理活动中来考察;至于对刑罚的效果的研究,更是与统计学的方法有着不解

之缘。没有一定的统计分析,便难以证明刑罚效果的有无与大小。此外,刑罚的目的的提出,行刑原则的确立等,还或多或少的涉及教育学问题,因而也需要运用教育学的方法。因此,刑罚学的研究方法应该是由不同学科的研究方法组成的整体,只有综合运用多学科的研究方法,始能建立起博大精深的刑罚学理论体系。

综合,作为刑罚学的一种研究方法,还意味着合理因素的集聚、渗透和组合。在刑罚学长达两个世纪的发展过程中,涌现出了多种流派、学说与观点,而对此应该采取什么样的态度,便是应该从刑罚学的方法论上解决的问题。毫无疑问,正确的研究方法应该是在对诸种理论进行科学的分析的基础上,将合理的理论予以综合,使之熔为一体。即:凡是能正确揭示刑罚问题、哪怕是只揭示了刑罚问题的某一方面的理论,都应予以充分的肯定,谨慎的吸收;凡是歪曲刑罚问题的理论,都应予以坚决的否定,无情的摒弃。在这一意义上说,刑罚学上的综合方法,也就是折衷的方法。

第三节 刑罚学的研究意义

一定的现实意义,是建立一门学科的价值所在。刑罚学作为一门独立的学科,也以其一定的研究意义为赖以存在的前提。

一、研究刑罚的一般哲理,澄清对刑罚问题的模糊认识

在我国,刑罚理论是一个尚未受到充分关注的课题。不但刑罚学本身有待建立,即便是在既存刑法学中,对刑罚的一般理论的研究也相当薄弱。由于缺乏系统而深入的研究,刑法学界在对与刑罚有关的不少问题的认识上分歧较大,甚至出现了一些顾此失彼或前后矛盾的现象。例如:刑罚的目的几乎是我国既存刑罚论体系中唯一的一个哲理问题。然而,由于与刑罚目的有关的其他刑罚哲理问题,如:刑罚的功能、效果等一直未受到重视,刑罚的目的从概念到内容都成了莫衷一是的问题。同样,正因为刑罚权的根据即刑罚为什么应该存在还是刑法学界未曾涉足的问题,它与刑罚的目的的关系不明,既存刑法

学中在刑罚目的问题上便出现一种矛盾状态,即在刑法原则论中把罪刑相适应作为一条指导立法与司法的原则,而在刑罚论中又把预防犯罪作为制约刑事活动的刑罚目的。这样,便发生了用刑施罚是以已然的犯罪的严重性程度为根据还是以预防未然的犯罪的需要为根据之问题。这些问题的存在,从反面提出了建立一套超出刑法规范本身的哲理的必要性。以刑罚哲理为首要研究对象的刑罚学,正担负着发现与解决既存刑罚理论中存在的问题的任务,它的建立,有助于澄清对刑罚问题的种种模糊认识。因此,刑罚学能把所有刑罚哲理问题置于同一体系之中,以其特有的逻辑使刑罚哲理中的诸问题有机地结合在一起,从而避免对刑罚的研究顾此失彼、前后矛盾。

二、研究刑罚制度,为完善刑罚制度提供理论依据

刑罚学的任务之一是从应有的哲理考察既存的刑罚制度。这里所言的考察,主要是运用刑罚哲理评价各种刑罚方法与制度的优劣利弊,指出各刑种与制度应该存废或修正的根据,因而能为立法者完善刑罚制度指明理论方向。例如:我国为什么不废除死刑?又为什么要严格限制死刑的适用范围?这只有从刑罚学对死刑的优劣的考察中来探求答案。如果把死刑作为评价的对象,而把刑罚的一般哲理作为评价的标准,则我们可以发现死刑的多方面的优点与缺点。在此基础上,便可以明确,死刑的优点是我国保留死刑的根据,而死刑的缺点则是在不废除死刑的前提下,严格限制死刑的适用范围的根据。据此,可以得出这样的结论:死刑立法的总的指导思想应该是充分发挥死刑的积极效果,尽量限制死刑的消极效果。可见,为完善刑罚制度提供理论依据,这是刑罚学的重要价值之一。

三、研究刑事司法工作,指导运用刑罚的实践

理论的最大价值在于指导实践。刑罚学以其特有的哲理考察司法工作,从应有的高度评价已有的运用刑罚的实践,从中发现既存司法活动中存在的问题,并提出相应的对策,发挥其作为理论对于实践的指导作用。

运用刑罚的实践包括量刑实践与行刑实践两个阶段。从量刑实

践来看,刑罚学从应有的哲理出发,为量刑确立一定的原则,指明影响量刑的诸种因素,分析各种刑罚的裁量,揭示各种量刑制度的根据与作用,以此为基础来发现既存量刑实践中的问题,为正确量刑提供指南。就行刑实践而言,行刑的原则、各种刑罚方法的具体执行、特殊的行刑制度的运用,都应该奠基于刑罚哲理之上。而刑罚学便正是运用刑罚哲理对所有这些问题予以阐明与评价,将行刑实践纳入刑罚哲理的轨道之中。因此,刑罚学的建立与对它的深入研究,从理论上为正确量刑与行刑铺平了道路。

综上所述,研究刑罚学,一方面可以完善刑罚理论本身,为建立具有中国特色的刑事法学体系添砖加瓦,另一方面又可以为确立与运用刑罚的刑事实践活动指明正确的理论方向,因而有着重大的理论意义与现实意义。

在我国,刑罚学正处于草创阶段。如何建立刑罚学体系,尚是一个有待深入研究的问题。本书拟根据刑罚学的研究对象的特点,尝试性地安排刑罚学体系。

《刑罚学》一书共分五编。

《绪论篇》除本章上,还专设两章即第二、三章阐述刑罚的缘起与进化以及刑罚理论的演变与展开。

《哲理篇》共分四章(第四至七章),依次探讨刑罚与刑罚权、刑罚的功能、刑罚的目的以及刑罚的效果。

《体系篇》共分五章(第八至十二章),探讨的是立法者应该怎样确立刑罚体系的问题。包括刑罚体系概说、生命刑、自由刑、财产刑与资格刑等内容。

《量刑篇》共分五章(第十三至十七章),依次包括量刑概说、量刑原则、量刑情节、各种刑罚的裁量与量刑制度等内容。

《行刑篇》共分五章(第十八到二十二章),具体包括行刑概说、行刑原则、各种刑罚的执行与行刑制度

第二章 刑罚的缘起与进化

第一节 刑罚的缘起

刑罚从何而来——它是怎样产生的？刑罚朝何而去——它是如何演变与进化的？要勾勒出刑罚长达数千年的历史发展的轮廓，便必须以这两个问题为基点，理清刑罚的来龙去脉。本节从前一问题入手，考察刑罚的缘起。

一、孕育于公有制的解体

远古人类，智识未开，生产方式原始。渔猎活动与粗劣的石制工具所能提供的劳动产品，除了满足生存的起码需要，毫无剩余可言。与此相适应，产品只能实行平均分配。在这有福同享、有难同担的大同世界，人们“势利不萌，祸乱不作”，〔1〕更无尔虞我诈、你争我夺的丑恶现象。既无“势利”、“祸乱”之类的恶行，自然也毋需惩恶扬善的手段。因此，刑罚在原始人类的眼中，只不过是一个陌生的字眼。史云“神农之世，刑政不用而治”，〔2〕“刑罚未施而民化”，〔3〕“刑罚不施于人而俗善”，〔4〕便是对原始社会没有刑罚，但秩序井然的景况的真实写照。

然而，到了原始社会末期，新的石制工具与金属工具相继应用于

〔1〕《抱朴子·诘鲍》。

〔2〕《商君书·画策》。

〔3〕《路史·前纪》卷八。

〔4〕《路史·后纪》卷五。