

刑罚理性四部曲之二

刑罚理性评论

——刑罚的正当性反思

邱兴隆 著

中国政法大学出版社

刑罚理性四部曲之二

刑罚理性评论

——刑罚的正当性反思

邱兴隆 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑罚理性评论：刑罚的正当性反思/邱兴隆著·—北京：中国政法大学出版社，1999. 1

刑罚理性四部曲之二

ISBN 7 - 5620 - 1772 - 0

I. 刑… II. 邱… III. 刑罚 - 研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 28125 号

责任编辑 张 越
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 20.625 印张 字数 561 千字
1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷
ISBN 7 - 5620 - 1722 - 0/D·1681
印数：0, 001 - 5, 000 册 定价：34.00 元

社 址：北京市海淀区西土城路 25 号
邮 编：100088 电话：62229803 或 62228801
声 明：1. 版权所有 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装，由本社发行科负责退换。
法律顾问：北京地平线律师事务所律师 吴 允

1
刑罚是烈马，报应是马缰，功利是马鞭。

——题记

序

一不介意，竟到了有人邀我作序的境地。按我的理解，为人作序之类通常应是两鬓秋霜且德高望重者的事业，邀我作序显然包含着作者对我生理年龄和学术资历的双重误读。尽管我并未忽略依照职业习惯认真审视我作序的“主体资格”，但面对作者装在布袋中寄来的600多页沉甸甸的智慧，我无法拒绝电话那一端作者的催促与诚恳。

相对各部门法学来说，刑法学在我国是较为成熟的学科。我无力考证这种现象与汉唐明清中国刑律的发达是否有关，但至少与建国后几十年刑事实践未曾中断有必然联系。主体社会制度及主流意识形态，特别是几十年来中国社会治理的主导方式总是为刑事实践留下较大的空间。不仅如此，50年代及80年代步入法学领域的人，也都是从“犯罪构成”开始其部门法的启蒙的。80年代后期，以高铭暄、王作富先生及其弟子代表的一批刑法理论学者，更是把刑法学播弄得风风火火，由此为刑法在中国法学研究中奠定了甚为特殊的地位。我不止一次发出过感叹：中国实在是刑法学家成长的沃土。

我所以认为刑法学在我国较为成熟，当然不仅指刑法理论研究的广泛影响，更想说的是这门学科研究的深度。作为刑法学界的局外人，我不避厚此薄彼之嫌：尽管民商法等学科的研究在今天有更多的功利性诱导和支撑，尽管也有一些从事民商法等学科研究的中青年学者不时推出价值不菲的书作，但能够系统、全面从理性层面对部门法制度进行研究，并且这种研究能够形成气候的，目前仍然限于刑法学。指出这一点是想切入这篇序言所涉及的主题，或者是要表达我在感觉上给予这本书的定位：本书代表了中国刑法学研究的最新趋势；更近俗一点说，本书代表了目前刑法学研究，从而代表了目前中国部门法研究的较好水平。服不服由你。

“刑罚正当性的反思”。从这个副标题中无疑可以感受到黑格尔式思辩的余韵，但也不难品味出秋菊式的执著，甚而还有几分鲁迅笔下的狂人的愚顽。作者力图把刑罚放在自己所设定的观察框架（即

“纵五段”、“横四块”)中,并根据其预设的理性前提,追问每一类刑罚制度、刑罚所涉及的每一个要素及过程的依据与基础,同时阐释各自的内在机理。这种研究超越了对刑罚制度宿命化的认同,也超越了对刑罚制度的一般性理解,展示给人们的是一种深层的、本质性的审视。这种研究的价值不仅在于能够设定某种用以矫正现实刑罚制度的基准,或者为现实刑罚制度的完善提供某种参照,同时也可以帮助“正当性”的刑罚制度的制定与实施者建立起信心。需要申明的是,我这种评价是对本书作者在方法论上的肯定,是对作者思维上努力的尝试(用作者的话说“心理上的冒险”)的肯定。至于作者所设定的观察框架是否科学,预设的前提是否恰当,我没有这方面的评价能力。直感上是认同的。

作者这本书是在特殊的空间和环境中的完成的。在刑罚的规制下研究刑罚,这不啻是个黑色幽默。但也许正是作者对自己所经受的“不正当”的刑罚有刻骨铭心的感受,才会对刑罚的正当性有更为深刻的思考。能够想象出作者的写作过程完全是一种强烈的个体情感的释放、一种个人体验的猛烈渲泄。这与在“坐拥书城、红袖添香”的氛围中舞文弄墨是迥然相异的两种境界。我不能轻率地推断这一段特殊经历对作者个人学术生涯及学术思维究竟起了什么样的作用,但可以设想,没有这样一段经历,作者的“理性思维”或许正用于盘算生意上的“正当性”或其它商业上的问题。然而,作者这段“歪打正着”的经历决不是学者治学的理想范式。作者没有理由、也决不会庆幸这段经历。作者应当自慰的是在这样的特殊经历中重新审视了人生的“正当性”,重新找准了人生的基点。自然,后面的路还很长,还有很多现象的“正当性”值得作者去思考,还有很多非理性的现象需要作者去理性评价。于此,我代表那些无须授权即可代表,不需列名、作者和我都能感知的学友们,由衷地向作者发出祝愿:

邱崧,看准路,走好!

顾培东

1998年8月写于洪水退落之时*成都

前言：学格、责任与良心

在我的概念中，哲学是一门关于问题即提出与解决问题的学问，更是一种以批判即对问题的历史与现实予以反思为己任的学问。相应地，作为哲学与刑法学联姻的产物，刑法哲学应该是从哲学的角度提出并解决刑法问题的学问，理所当然地，也应是一种对刑法问题的历史与现实予以反思的学问。

为了验证我的“刑罚理性统一论”是否有资格作为一种刑法哲学理论，同时，也是为了验证我是否有勇气形成一种唯理至尊的不具有奴性的学格，顺乎自然地，也是顺乎逻辑地，我由对刑罚的不正当性的揭示，转向了对刑罚的正当性的历史与现实的反思。

我觉得，在本书中，我是在把自以为是对刑罚的真正理性的昭示的“刑罚理性统一论”作为剖刀使用：我把刑罚的历史顺乎理性地纵断为五段，把刑罚的现实顺乎逻辑地横切为四块，然后，对每一段、块予以各别剖视，使历史与现实中的刑罚的优劣利弊透彻无遗地暴露在刑罚理性的显微镜下。

我为我的解剖结论而满足：我对刑罚的正当性的历史反思的结论即“理性决定论”终于使我为究竟是什么在推动刑罚的进化这一令我思考了多年的问题找到了一个答案；我对刑罚的正当性的现实反思过程使我完成了一次心理上的冒险而证明了我拥有作为刑法哲学者的勇气。

我不认为我对刑罚的正当性的反思过程与结论有何错误，因为我反思的过程是一种不带任何成见的简单的逻辑演绎过程，我得出的每一结论都是以我认为正确的“刑罚理性统一论”为大前提，以

客观存在的刑罚的历史与现实为小前提，推理而出的结论，因而都至少是我自以为客观而真实的结论。

促成我将对刑罚的正当性的反思过程与结论真实地展现在读者面前的是一种自发的责任。这不是外界强加给我的一种负担，而是我基于自己作为人与学者所共有的良心而生的一种义务：作为社会一员的人，我的良心不允许我在不合理的现实面前镇静、沉默与麻木；作为学者，我的良心不允许我为苟合不合理的学说或现象而隐瞒自己的观点，改变自己的结论。因此，我在为自己挑战传统、否定通说与直面现实的勇气而满意的同时，也为我的“刑罚理性统一论”所具有的批判精神与解决问题的工具价值而欣慰，更为我就刑罚体制的合理化尽了一份刑法学者应尽的良心责任而如释重负。

在宽松的学术氛围之中，我没有理由不感到做学问的轻松。在法学的理性与理性的法学者均在形成的时代，我没有理由不相信本书所将受到的审视是客观的，所将受到的批判是合乎理性的。

我庆幸我处在一个理性社会的理性时代。对于社会与时代给我的恩赐，把回报当成责任，是我作为人与学者无愧于良心的唯一选择。

湘中东台山人 邱兴隆

1998年8月20日

于冀省石门市郊

目 录

序	(1)
前言：学格、责任与良心	(1)

第一编 刑罚的正当性的历史反思

第一章 引论	(3)
第二章 报复刑的理性反思	(7)
第一节 报复刑的表征	(7)
第二节 报复刑的社会进化背景	(11)
第三节 报复刑的认识论分析	(13)
第四节 报复刑的刑理评价	(14)
第三章 威慑刑的理性反思	(17)
第一节 威慑刑的表征	(17)
第二节 威慑刑的理论基础	(27)
第三节 威慑刑的认识论分析	(33)
第四节 威慑刑的刑理评价	(34)
第四章 等价刑的理性反思	(42)
第一节 等价刑的表征	(42)
第二节 等价刑的理论基础	(49)
第三节 等价刑的认识论分析	(52)

第四节	等价刑的刑理评价	(54)
第五章	矫正刑的理性反思	(66)
第一节	矫正刑的表征	(66)
第二节	矫正刑的理论基础	(76)
第三节	矫正刑的认识论分析	(79)
第四节	矫正刑的刑理评价	(81)
第六章	折衷刑的理性反思	(95)
第一节	折衷刑的表征	(95)
第二节	折衷刑的理论基础	(102)
第三节	折衷刑的认识论分析	(105)
第四节	折衷刑的刑理评价	(106)
第七章	结论	(118)

第二编 制刑的现实反思

第一章	制刑的现实反思之一般	(129)
第二章	生命刑反思	(135)
第一节	生命刑的合理性	(135)
第二节	生命刑的不合理性	(138)
第三节	结论	(140)
第三章	自由刑反思	(144)
第一节	无期徒刑评价	(144)
第二节	有期徒刑评价	(149)
第三节	拘役刑评价	(155)
第四节	管制刑评价	(159)
第五节	结论	(163)
第四章	财产刑反思	(166)
第一节	罚金刑评价	(166)
第二节	没收财产刑评价	(170)

第三节 结论·····	(175)
第五章 资格刑反思·····	(177)
第一节 剥夺政治权利刑的合理性·····	(177)
第二节 剥夺政治权利刑的缺陷·····	(181)
第三节 结论·····	(182)
第六章 结论与余论·····	(184)
第一节 制刑的现实反思的一般结论·····	(184)
第二节 刑罚体系的完善·····	(190)

第三编 动刑的现实反思

第一章 动刑的现实反思之一般·····	(195)
第二章 动刑立法反思（一）	
——动刑前提的立法评价·····	(200)
第一节 定罪原则评价·····	(200)
第二节 犯罪概念评价·····	(201)
第三节 排罪规定评价·····	(203)
第四节 定罪范围评价·····	(209)
第五节 结论·····	(230)
第三章 动刑立法反思（二）	
——动刑原则、制度与情节的立法评价·····	(232)
第一节 动刑原则评价·····	(232)
第二节 动刑制度评价·····	(236)
第三节 动刑情节评价·····	(240)
第四节 结论·····	(243)
第四章 动刑司法反思·····	(245)
第一节 动刑司法的合法性评价·····	(245)
第二节 动刑司法的合理性评价·····	(250)
第三节 结论·····	(255)

第五章 结论与余论	(256)
第一节 动刑的现实反思的一般结论.....	(256)
第二节 动刑体制的完善.....	(263)

第四编 配刑的现实反思

第一章 配刑的现实反思之一般	(273)
第二章 配刑立法反思 (一)	
——旧刑法法定刑幅度评价.....	(277)
第一节 反革命类罪法定刑幅度评价.....	(277)
第二节 危害公共安全类罪法定刑幅度评价.....	(279)
第三节 侵犯人身权利、民主权利类罪 法定刑幅度评价.....	(282)
第四节 破坏经济管理秩序类罪法定 刑幅度评价.....	(287)
第五节 侵犯财产类罪法定刑幅度评价.....	(292)
第六节 妨害社会管理秩序类罪法定 刑幅度评价.....	(295)
第七节 妨害婚姻、家庭类罪法定刑幅度评价.....	(303)
第八节 渎职类罪法定刑幅度评价.....	(304)
第三章 配刑立法反思 (二)	
——特别刑法法定刑幅度评价.....	(309)
第一节 对旧刑法法定刑幅度 的修改与补充的评价.....	(309)
第二节 新增罪名法定刑幅度评价.....	(319)
第四章 配刑立法反思 (三)	
——新刑法法定刑幅度评价.....	(353)
第一节 危害国家安全类罪法定刑幅度评价.....	(353)
第二节 危害公共安全类罪法定刑幅度评价.....	(356)

第三节	侵犯人身权利、民主权利类罪 法定刑幅度评价·····	(363)
第四节	破坏经济管理秩序类罪法定刑幅度评价·····	(368)
第五节	侵犯财产类罪法定刑幅度评价·····	(385)
第六节	妨害社会管理秩序类罪法定刑幅度评价·····	(388)
第七节	危害国防利益类罪法定刑幅度评价·····	(413)
第八节	贪污贿赂类罪法定刑幅度评价·····	(419)
第九节	渎职类罪法定刑幅度评价·····	(421)
第十节	军人违反职责类罪法定刑幅度评价·····	(427)
第五章	配刑立法反思 (四)	
——	法定刑格的评价·····	(437)
第一节	旧刑法法定刑格评价·····	(437)
第二节	特别刑法法定刑格评价·····	(446)
第三节	新刑法法定刑格评价·····	(454)
第六章	配刑立法反思 (五)	
——	附加刑的分配的评价·····	(468)
第一节	罚金刑的分配评价·····	(468)
第二节	剥夺政治权利刑的分配评价·····	(482)
第三节	没收财产刑的分配评价·····	(491)
第七章	配刑立法反思 (六)	
——	配刑原则、制度与情节的评价·····	(501)
第一节	配刑原则评价·····	(501)
第二节	配刑制度评价·····	(503)
第三节	配刑情节评价·····	(509)
第八章	配刑司法反思·····	(524)
第一节	配刑司法的合法性评价·····	(524)
第二节	配刑司法的合理性评价·····	(530)
第三节	结论·····	(541)
第九章	结论与余论·····	(543)
第一节	配刑的现实反思的一般结论·····	(543)

第二节	配刑体制的完善·····	(554)
第五编 行刑的现实反思		
第一章	行刑的现实反思之一般 ·····	(579)
第二章	行刑立法反思(一)	
—	刑法中行刑规定的评价·····	(582)
第一节	行刑方式的立法评价·····	(582)
第二节	行刑制度的立法评价·····	(587)
第三节	结论·····	(599)
第三章	行刑立法反思(二)	
—	监狱法的规定评价·····	(601)
第一节	监狱法的规定合理性·····	(601)
第二节	监狱法的规定不合理性·····	(610)
第三节	结论·····	(613)
第四章	行刑司法反思 ·····	(614)
第一节	依判行刑评价·····	(614)
第二节	依法行刑评价·····	(617)
第三节	合理行刑评价·····	(623)
第四节	结论·····	(628)
第五章	结论与余论 ·····	(629)
第一节	行刑的现实反思的一般结论·····	(629)
第二节	行刑体制的完善·····	(638)
致谢	·····	(644)

第一编

刑罚的正当性的历史反思

第一章 引 论

大凡涉足刑法史者，莫不以对刑法史的分段作为研究的起点。基于立足的角度不同，不同的学者所持的分段方法殊异，因而在刑法史的阶段划分上众说纷纭。

在五花八门的分段法中，流行较广者莫过于按历史时代自然分段法^{〔1〕}、按社会形态政治分段法与按刑罚理性特征分段法三种^{〔2〕}。

按历史时代自然分段法，与世界历史的自然发展阶段相适应，将刑法史分为太古刑法、中古刑法、近世刑法与19世纪刑法四阶段。此法所采的是一种万能的历史分段模式，具有极大的自然主义色彩，其对刑法史的阶段划分只不过是通用的世界历史自然分段法的套用与翻版，虽简便易行，但未能反映刑法之进化与演变的内在规律性，刑法的不同进化阶段的个性与处于同一进化阶段的不同刑法体制的共性均被淹没在历史纯自然的进化过程中，因而很难适应研究的目的。

按社会形态政治分段法，以阶级分析的观点，将刑法归为一种阶段统治的工具，与以不同阶级统治相更替为标志的社会形态的进化相对应，将刑法史分为奴隶制刑法、封建制刑法、资本主义刑法与社会主义刑法四段。此法所采的是另一种万能的历史分段模式，具有浓厚的政治色彩，其对刑法史的阶段划分，只不过是在社会主义国家所流行的世界历史政治分段法的翻版与套用。此法虽因注重刑法的所谓作为阶级统治手段的政治本质而突出了不同社会形态中刑法的相应的政治背景，因而相对于纯自然分段法有一定可取之长，但在“阶级统治工具”这一过于简单的命题下，发生在同一社会形态

〔1〕〔2〕有关刑法史的这两种分段法，可参见王瑾：《中华刑法论》，中华印书局1933年版，第39—40页。