



监禁刑执行 基本问题研究

JIANJINXING ZHIXING
JIBENWENTI YANJIU

柳忠卫 著



中国人民公安大学出版社

监禁刑执行基本问题研究

柳忠卫 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

监禁刑执行基本问题研究/柳忠卫著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007. 11

ISBN 978-7-81109-877-8

I. 监… II. 柳… III. 监狱制度—研究—中国
IV. D926.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 168419 号

监禁刑执行基本问题研究

JIANJINXING ZHIXING JIBENWENTI YANJIU

柳忠卫 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市利兴印刷有限公司

版 次: 2008 年 1 月第 1 版

印 次: 2008 年 1 月第 1 次

印 张: 12.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 343 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-877-8/D · 826

定 价: 31.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

前 言

在一体化已成共识的现代刑事法领域，刑事法律科学大致可以分为刑事实体法学、刑事程序法学和刑事执行法学。刑事执行法学的研究曾经有过自己辉煌过去，但与刑事实体法学与刑事程序法学相比，目前的刑事执行法学研究可以说是风光不再，日渐式微。造成这种局面的主要原因有三：一是以监狱行刑为代表的监禁刑执行缺乏创新；二是刑事执行法学教育的衰落；三是科研功利主义导致的研究人员的流失。刑罚执行从内容上可以分为监禁刑执行和非监禁刑执行，而从目前的研究状况来看，两者的境遇用冰火两重天来形容恐不为过：非监禁刑研究如日中天，炙手可热；监禁刑研究则日薄西山，门可罗雀。因此，试图改变刑事执行法学和监禁刑研究的尴尬局面是我写作本书的第一个动因。

我自1985年大学毕业被分配到山东省警官学校（现更名为山东省警官培训学院），在这里工作了20年，度过了人生最宝贵的黄金般的青春年华。由于工作关系，我曾多次到监狱实地考察调研，与基层监狱民警有过较多的接触，深切地体味和感受到了他们责任的重大、工作的繁忙与生活的压力。我国著名作家顾笑言先生曾在其著作《一座监狱的剪影》的开篇用充满深情的笔触写道：美利坚合众国的宇航员从太空中归来之后，对前来采访的记者发表讲话说，从阿波罗登月艇的舷窗里，可以看到三处人类改造大自然的痕迹，它们是古代埃及的金字塔、北欧国家围海造田的长堤和中国的万里长城。从现代人类改造自然的能力来看，这些无疑都是令人叹为观止的宏伟巨制！但在这个世界上，还有比这三者更加庞大、更加浩繁也更为艰巨的工程，那就是改造人类灵魂的工程！监

狱民警所从事的正是最为艰巨的改造罪犯灵魂的工作。他们盯着火山口，守着炸药库，每天工作十几个小时，节假日都很少休息，不少人积劳成疾甚至英年早逝。由于历史和体制的原因，他们长年累月地生活在远离都市的偏远地区，与社会接触很少，有的甚至多年都未离开过监狱的工作和生活区。山东省淮北监狱的一名民警，由于多年超负荷工作而身患绝症，当监狱领导问他最后还有什么要求时，他说他最大的愿望就是到离淮北 40 公里的潍坊市去看一看，因为他在淮北工作了 40 年而从未走出过监狱的工作和生活区！！监狱系统大多数民警的工资收入都较同级别的其他国家机关的公务员要少，在监狱法颁布之前甚至有许多监狱长期发不出工资，如黑龙江省某监狱曾经连续 39 个月没发工资！这些事例虽然是个别现象，但却从一个侧面反映了他们生活的艰苦与工作的繁重。即便是这样，他们仍然任劳任怨、默默无闻地工作在各自平凡的岗位上，用自己的辛劳、汗水、鲜血甚至生命守护着监狱的安全，换来了千家万户的温馨与安宁。这本书既是我对在监狱系统工作 20 年学术思想的总结，也想借此机会表达我对山东省乃至全国监狱人民警察的崇高敬意！

我自大学毕业至今已二十余年，但真正潜下心来关注学术，不过是 2001 年进入中国人民大学攻读博士研究生以后的事情。在嗟叹时光如梭的同时，也深感做学问的不易。做学问最需要的是知识的积累、思想的沉淀和思维的创新，细细想来，自己似乎一个条件也不具备。但既然为了生活而选择了这个职业，那只有义无反顾地一直向前走。我也深知自己天生愚钝，又不努力，但我崇尚学问，喜欢学生，热爱教师这个职业。我愿做一只学术乌龟，在探索真理的道路上慢慢爬行！

柳忠卫

2007 年 7 月于泉城济南文化东路寓所

目 录

第一章 刑罚基本理论问题研究	(1)
一、刑罚的概念与本质	(1)
二、刑罚权及其根据	(5)
三、刑罚的目的	(10)
四、刑罚的功能	(28)
第二章 刑事执行一般理论问题研究	(35)
一、刑事执行及相关基本概念的界定	(35)
二、刑事执行权	(64)
三、刑事执行的基本原则	(75)
第三章 刑事执行的历史追溯	(86)
一、刑罚的历史演进	(86)
二、自由刑的产生和发展	(91)
三、新中国监禁刑执行的历史	(103)
第四章 罪犯人权问题研究	(123)
一、罪犯人权问题的由来	(123)
二、罪犯人权的正当性根据	(127)
三、罪犯人权的域外考察	(132)
四、罪犯人权的基本内容	(157)
五、罪犯权利的状态及其实现	(178)

第五章 中国现代监狱行刑基本问题研究	(208)
一、监狱定位与发展的关系问题	(208)
二、监狱与罪犯分类问题	(226)
三、罪犯劳动与监狱经济问题	(252)
第六章 行刑社会化问题研究	(274)
一、行刑社会化的缘起与界定	(274)
二、行刑社会化的域外考察——以美国为视角 的分析	(277)
三、中国监狱行刑社会化的实践探索	(309)
四、中国监狱行刑社会化的发展完善	(317)
第七章 假释实务 题研究	(327)
一、假释适用的条件	(328)
二、关于假释机关和假释程序	(354)
三、假释监督考察与撤销问题研究	(362)
后 记	(400)

第一章

刑罚基本理论问题研究

一、刑罚的概念与本质

(一) 刑罚的概念

刑罚是刑法规定的由国家审判机关对犯罪人适用的以剥夺或限制其一定权益为内容的最严厉的刑事制裁措施。自从国家产生以来，各个历史时期的统治阶级为了维护本阶级的根本利益和整个社会的正常秩序，必然通过法律规定各种制裁措施，以惩治各类危害国家、社会和个人利益的行为，而刑罚则是统治阶级为了对付“蔑视社会秩序的最明显、最极端的表现”^①——犯罪行为制定的制裁措施。从这个意义上说，刑罚实际上也就是国家惩罚犯罪的一种最极端的刑事制裁措施。犯罪、刑事责任与刑罚是刑法中三个最基本的范畴，其中犯罪是刑事责任的前提，刑罚是刑事责任的法律后果，犯罪与刑罚通过刑事责任这个媒介联系在一起。没有刑罚，刑事责任就会因承担方式的阙如而无法实现，对犯罪的惩罚也就成为了一句空话。因此，刑罚是刑法的核心概念之一，它与犯罪、刑事责任一起共同构筑了刑法立法和刑法理论大厦的基石，在刑法中具有举足轻重的地位和作用。

从刑罚的概念及其在刑法中的地位可以看出，刑罚具有下列

^① 参见《马克思恩格斯全集》（第2卷），第416页。

特征:

1. 刑罚是国家最高立法机关在刑法中规定的制裁措施

首先,刑罚只能由国家最高立法机关设定。刑法是国家的基本法之一,刑罚权是国家统治权的重要组成部分。制定刑法,在刑法中设立刑罚,是国家最高立法机关的法定职权和职责,是其实现立法权的重要表现形式。除国家最高立法机关外,其他任何政党、机关、企事业单位、人民团体和社会团体以及个人均无权制定刑法,设立刑罚。根据我国宪法的规定,全国人民代表大会及其常务委员会是国家的最高立法机关,享有制定、修改宪法和法律的权力。因此在我国,只有全国人民代表大会及其常务委员会才有权设定刑罚。其次,刑罚只能明文规定在刑法中,这是罪刑法定原则的当然要求。法外制刑是封建社会罪刑擅断的主要表现形式之一,与现代刑法原则格格不入。在我国,刑罚规范还只能规定在刑法典和单行刑法中,其他法律如民事法律、经济法律和行政法律可以设定刑事责任条款(附属刑法),但不得设立刑罚规范。最后,刑罚是一种制裁措施。目前,国内多数刑法教科书将刑罚界定为一种强制方法或强制措施,但笔者认为刑罚是承担或实现刑事责任的一种方式或形式,体现的是对犯罪行为的制裁和惩罚;而通常意义上所说的强制方法或强制措施是诉讼法上的一个概念,如刑事强制措施、民事强制措施和行政强制措施等,它们是保证诉讼顺利进行的一种强制手段,但不是法律责任的实现形式。因此,将刑罚的着眼点定位在制裁措施上,应当是比较合理的。

2. 刑罚只能由国家审判机关适用

量刑权是刑罚权的重要组成部分,也是国家司法权不可或缺的核心内容。由国家审判机关行使量刑权,是现代法治国家的共同准则。根据我国宪法的规定,人民法院是国家的审判机关,独立行使国家的审判权,享有对犯罪分子定罪量刑的权力。因此,只有人民法院才有权行使刑罚,其他任何机关、团体和个人都无权对公民行使刑罚。

3. 刑罚只能对犯罪人适用

这是由刑罚的一身专属性决定的，也是罪责自负刑法原则的内在要求。刑罚只能对犯罪分子适用意味着：其一，刑罚只能对实施了犯罪行为的人适用，对实施了一般违法行为的人不能适用刑罚；其二，刑罚只能对经人民法院审判并确定为有罪的人适用，对于那些实施了危害社会的行为的犯罪人，无论其危害行为及其后果多么严重，主观恶性多么恶劣，只要未经人民法院审判定罪，就不能适用刑罚；其三，刑罚只能对犯罪人本人适用，而不能株连适用于与犯罪行为无关的犯罪人的亲友。

4. 刑罚是以剥夺或限制一定权益为内容的最为严厉的刑事制裁措施

刑罚以剥夺或限制犯罪人的权益为内容，刑罚的适用必然造成犯罪人某种权益如生命、自由、财产、资格等的丧失，这是刑罚本质属性的自然体现。与民事制裁、行政制裁等承担法律责任的方式相比，刑罚是最严厉的制裁措施。刑罚不仅可以剥夺公民的财产和政治权利，还可以长期乃至终身剥夺其自由，甚至可以剥夺其生命，而除此之外的其他制裁措施可以造成公民财产权和一般权利的丧失，也可以短期剥夺其自由，但这些制裁措施既不能剥夺公民的政治权利，也不能长期乃至终身剥夺其自由，更不能剥夺其生命。另外，从一般意义上说，犯罪是刑事责任的前提，刑事责任是犯罪的法律后果，刑罚则是刑事责任的实现方式。但刑法规定的刑事责任的承担方式并不仅限于刑罚，还有非刑罚处理方法。与非刑罚处理方法相比，刑罚无疑是最严厉的刑事制裁措施。

（二）刑罚的本质

从哲学意义上说，事物的本质是指事物的根本性质，具体而言就是指决定一事物之所以成为该事物，并且和其他事物相区别的最根本、最具决定意义的方面。从这个角度上讲，刑罚的本质是指刑罚的根本性质，即刑罚本身所固有的、决定刑罚之所以成为刑罚并与其他制裁方法相区别的最根本的方面。关于对刑罚本质的认识，

西方学者见解各异。报应刑论者认为犯罪是一种恶行，刑罚是对犯罪这种恶行还报的一种恶害，因而刑罚的本质是报应；目的刑论者认为刑罚并非是对犯罪的报应，而是预防将来犯罪、保护社会利益的手段；并合论者则一方面承认刑罚是对犯罪的报应或正义的报应，同时主张刑罚具有双面预防的目的或一般预防的目的。在此，笔者不拟对各种刑罚理论的得失优劣进行评论，但笔者认为，研究刑罚的本质，必须以两个基本点作为共许的前提^①：其一，刑罚的本质必须是所有刑罚方法的共有属性；其二，刑罚的本质必须是刑罚不同于其他制裁措施的特有属性。据此，我们可以说，刑罚的本质应该是不同刑罚方法的共性与刑罚区别于其他制裁方法的特性的统一体。

以上述前提为基点考察刑罚的本质，笔者同意“刑罚的本质在于惩罚的严厉性”^②的观点，理由如下：

其一，刑罚以剥夺犯罪人一定的权益为内容，以给犯罪人带来权益的丧失和精神的痛苦为其首要的和主要的特征，因此，惩罚性是一切刑罚方法所共有的特性。自刑罚产生以来，任何历史时期、任何国家的任何一种刑罚方法，都无不具有惩罚的成分，不具有任何惩罚因素的制裁方法则不能称之为刑罚。奴隶制、封建制时期的刑罚以报复和威吓为目的，以生命刑、身体刑为主要内容，其刑罚的惩罚性自不待言；近代以后，世界大多数国家都建立了以自由刑为中心的刑罚体系，生命刑大大减少，身体刑几近绝迹，但长期乃至终身剥夺人身自由给犯罪人带来的损失和痛苦依然巨大而强烈，刑罚的惩罚性并没有些许的改变；现代世界各国的刑罚体系一般是由生命刑、自由刑、财产刑和资格刑组成，从发展趋势上看，刑罚正一步步由严酷走向轻缓；同时受目的刑论的影响，刑罚的执行也

① 参见邱兴隆、许章润著：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第58页。

② 参见邱兴隆、许章润著：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第60页；何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1993年版，第390页。

逐渐趋于文明。但轻刑化仅仅是一种趋势和部分国家的刑事立法和司法实践尝试,远未成为世界各国的共识,并且轻刑化只是表明刑罚中惩罚性的程度有所减轻,而并不能改变刑罚所固有的惩罚性质。

其二,刑罚区别于其他制裁方法的特性是其严厉性。惩罚性是刑罚的共性,但共性不等于本质,确定了刑罚的共性,仅仅是提示了刑罚本质的一个方面,只有在此基础上进一步明确刑罚不同于其他制裁措施的特性,才能真正完整地揭示刑罚的本质。从表面上看,任何制裁措施都含有惩罚的因素,都会给当事人造成一定的痛苦和损失,从这个意义上说,惩罚性是一切制裁措施的共性,这也是仅仅揭示刑罚的共性无法真正揭示刑罚本质的根本原因。但从深层次上看,刑罚与其他制裁措施则存在本质的区别,那就是刑罚惩罚的深度和广度远比其他制裁措施更严厉而广泛。刑罚的严厉性一方面表现在它可以最大限度地剥夺犯罪人的权益,另一方面表现在它对犯罪人精神上影响的深刻性和持久性,除此之外的任何制裁措施都不可能对当事人的权益和精神造成如此深刻而强烈的影响。因此,刑罚与其他制裁措施的区别不仅仅表现为惩罚的“量”的差异,更主要的是表现为惩罚的“质”的不同,这种由惩罚的严厉性决定的惩罚的“质”,使得刑罚与其他制裁措施区别开来。“由此可见,惩罚的严厉性恰恰是决定刑罚之所以是刑罚并且和其他制裁措施相区别的最具决定意义的、最根本的东西”,^①这是刑罚的本质之所在。

二、刑罚权及其根据

(一) 刑罚权的概念

刑罚权,是指国家基于统治权依法对犯罪人实行刑罚惩罚的权力。刑罚权是国家统治权或者国家主权的重要组成部分,其内容表

^① 参见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第452页。

现为国家运用刑罚对犯罪人实行惩罚，其实质反映的是刑罚与国家的关系。刑罚权具有以下特征：

(1) 刑罚权是国家统治权的重要组成部分。自国家产生以来，运用刑罚对犯罪行为 and 犯罪人实行惩罚便成为国家行使管理职能、维护社会秩序的一项根本措施，刑罚权则是国家公权力的重要表现形式之一。以国家的名义对犯罪行为实行的惩罚被称做刑罚制裁，以个人名义对犯罪行为实施的惩罚被称做私力报复。任何法治国家都严禁公民实施私力报复，无论理由多么正当充分，实力多么强大正规，私力报复都不能被称做刑罚。正由于刑罚是以国家的名义实施的对犯罪行为和犯罪人的惩罚，刑罚权的实现便必然是以国家强制力为基础，只要实施了犯罪行为并经审判机关定罪处刑，刑罚对于绝大多数犯罪人来说便成为不可避免的了。不论犯罪人主观上是否愿意，他（或她）都必须接受刑罚惩罚，这是国家强制力在刑罚上的自然反映。

(2) 刑罚权反映了国家与犯罪人之间的刑事法律关系。刑罚权是作为科刑主体的国家对受刑主体的犯罪人科处刑罚的法律上的权力，是国家与犯罪人之间刑事法律关系的集中反映。在这种刑事法律关系中，法律关系的主体包括两个方面，一方面是科刑主体的国家，另一方面是受刑主体的犯罪人。这种刑事法律关系的内容是国家依法对犯罪人实行刑罚惩罚，犯罪人按照刑事判决确定的内容接受刑罚处罚。这就意味着刑罚权必须基于符合法律规定的事实而发生，在法定的时间或条件下存在，并且只能依照法律的规定行使。

(3) 刑罚权是国家对犯罪人实行刑罚惩罚的权力。刑罚权可以分为抽象（一般）的刑罚权和具体（个别）的刑罚权，前者指国家对犯罪人实行刑罚惩罚的一般权力，后者指国家基于特定的犯

罪行为而对特定的犯罪人实行现行刑罚惩罚的个别权力。^① 抽象意义上的国家刑罚权与国家、法、犯罪等社会现象相伴而生，也必然随着这些现象的消亡而消亡；具体意义上的国家刑罚权产生于犯罪行为发生之时，终结于犯罪人死亡或刑罚执行完毕等法定事由。刑罚权是国家对犯罪人实行刑罚惩罚的权力现已基本成为我国刑法理论界的共识，但对于刑罚权范围的认识，则存在较大的分歧。有些学者认为，刑罚权是一种实体上的权力，包括刑罚创制权、刑罚裁量权和刑罚执行权，但不包括刑罚请求权（求刑权）^②；而有些学者则认为，刑罚权包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权，亦即求刑权也是刑罚权的重要内容。^③ 笔者同意刑罚权包括求刑权的观点，理由如下：首先，关于刑罚权仅仅是刑事实体权力还是包含着刑事程序上的权力，是一个尚在争论中的刑罚理论问题，目前并未有定论。因为量刑权和行刑权本身并不仅仅意味着实体上的权力，其中也包含有程序权力的因素在内，仅仅因为求刑权是程序上的权力而将其排除在刑罚权之外，其理由难以令人信服。其次，刑罚权的内容动态地看就是刑罚权的实现过程，而刑罚权的实现过程实际上也就是抽象的国家刑罚权转化为具体的刑罚权的过程。在这个过程中，如果缺少了求刑权，则国家的刑罚权就无从发动，量刑权和行刑权的行使也就丧失前提和根据。最后，刑事自诉案件中自诉人行使求刑权，并不意味着私人拥有了刑罚权，不能从根本上否定刑

① 参见张明楷著：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第396页；高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社1999年版，第402页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第17页；高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（上编），高等教育出版社、北京大学出版社2000年版，第402页；张小虎著：《论刑事法律关系的本体结构》，载刘生荣、黄丁全主编：《刑法基础理论研究》，法律出版社2001年版，第55～57页。

③ 参见邱兴隆、许章润著：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第61～64页；苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年版，第286～288页；何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第453～454页；张明楷著：《刑法学》（下），法律出版社1997年版，第396页。

罚权的国家专有性。一方面,法律规定法院可以直接受理的刑事自诉案件主要是情节轻微、社会危害性不大的轻微刑事案件,这类案件数量很少并且其范围由法律直接规定。这实际上是国家对求刑权的一种处分,而绝大多数的刑事案件的求刑权仍由国家公诉机关行使。因此,刑事自诉案件中自诉人对求刑权的行使并不能从根本上改变刑罚权的国家公权力性质。另一方面,国家刑罚权是由制刑权、求刑权、量刑权和行刑权四个方面组成的有机统一体,国家对部分自诉案件求刑权的处分并不等于是对刑罚权整体的处分,自诉人享有求刑权并不等于拥有了刑罚权。基于上述理由,笔者认为求刑权应该是刑罚权的当然的组成部分。

(二) 刑罚权的内容

刑罚权的内容包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权。

(1) 制刑权。制刑权,是指国家立法机关在刑事立法中创制刑罚的权力。制刑权的内容包括建立刑罚体系、确定刑种、规定刑罚裁量的原则、明确刑罚执行方法与制度以及具体犯罪的法定刑等。制刑权解决的是刑罚在刑法上的存在问题。在我国,制刑权只能由全国人民代表大会及其常务委员会行使。

(2) 求刑权。求刑权,是指国家公诉机关依照刑事诉讼程序要求审判机关对犯罪人定罪科刑的权力。求刑权原则上由国家公诉机关行使,但国家也将部分轻微刑事案件的求刑权赋予被害人。求刑权解决的是国家刑罚权的发动问题,是刑罚权实现的第一步。在我国,求刑权的行使机关主要是人民检察院,同时我国的刑事诉讼法也规定人民法院可以直接受理部分被害人直接起诉的刑事自诉案件。

(3) 量刑权。量刑权,是指国家审判机关对犯罪人裁量决定刑罚的权力。其内容包括在确定犯罪人有罪的基础上,决定是否对其判处刑罚和判处何种刑罚。量刑权解决的是刑罚的适用问题。在我国,量刑权只能由人民法院在认定犯罪人有罪的基础上行使。

(4) 行刑权。行刑权,是指国家刑罚执行机关将审判机关刑

事判决和裁定所确定的内容付诸实现的权力。行刑权的内容是执行审判机关已生效的刑事判决和裁定所确定的内容。行刑权是量刑权的自然延伸,解决的是刑罚怎样执行的问题;行刑的根据只能是人民法院已经发生法律效力刑事判决和裁定。在我国,行刑权由人民法院、公安机关和监狱共同行使,其中监狱是主要的行刑机关。

(三) 刑罚权的根据

刑罚权的根据,是指国家刑罚权的由来及存在的正当理由。刑罚权的根据这一理论命题要说明的是,国家为什么拥有对犯罪人科处刑罚的权力?国家的刑罚权从何而来?它的正当性何在?对于上述问题,西方学者曾经从不同角度给出了种种不同的答案。神授说认为刑罚权是神授予的;社会契约说认为刑罚权的根据在于人们共同订立的社会契约;命令说认为刑罚权的根据在于主权者的命令;功利说认为刑罚权是由于社会的利益或社会的必要而存在;正义说认为刑罚权的根据在于正义的要求;社会防卫说认为刑罚权是为了防止社会免受犯罪的侵害而设立,等等。目前,关于刑罚权的根据在西方国家的刑法理论界仍然是一个争论不休、尚无统一定论的问题。

我国刑法学界对刑罚权及其根据的研究起步较晚,不少学者对此进行了有益的探讨,但远未达成共识。例如,有的学者认为刑罚权的根据在于“统治阶级为了对付违反它的生存条件的行为而进行的自卫”;^①有的学者提出刑罚权的根据是“维护人民的利益免遭犯罪的侵害”;^②有的学者认为“刑罚权行使的自律性和他律性的两重性,就是刑罚权根据之所在”;^③有的学者认为“国家刑罚权的正当根据就在于惩前毖后”;^④有的学者认为刑罚权的根据是

① 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第26页。

② 参见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1995年版,第396页。

③ 参见樊凤林主编:《刑罚通论》,中国政法大学出版社1994年版,第39页。

④ 参见邱兴隆、许章润著:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第68页。

“实现社会的正义观念、维护合法权益免受犯罪侵犯”。^①笔者认为，国家刑罚权的根据问题是一个十分复杂的刑罚理论难题，短时间内未必能达成共识并得出明确和恰当的结论，但在其他学者研究的基础上作进一步的探讨，则对于该问题的深入研究可能有所裨益。在笔者看来，国家刑罚权的根据可以从三个方面得到说明：首先，国家刑罚权的根据源自于国家维护自身存在的需要。运用刑罚惩罚犯罪人，是国家为维护自身存在而作出的一种本能的自然反应，与人体在遭受外界攻击时的自然反应具有同样的性质。不如此，国家将因其存在的条件和基础受到破坏而变得岌岌可危，这种对于危及自身存在的行为的反击，其合理性与正当性应该是不言自明的。其次，国家刑罚权的根据来自于社会正义观念的要求。一切恶行都要受到否定与谴责，这是最朴素的社会公正与正义观念。犯罪是一种恶行，刑罚以国家公权力的形式对犯罪这种恶行实施惩罚，昭示着国家对犯罪的严厉否定和强烈谴责的态度，顺应了社会公众有恶必除、有罪必罚的朴素的公正和正义观念。这实际上就是国家刑罚权的报应根据。最后，国家刑罚权的根据还来自于保护社会免遭犯罪侵害的功利要求。犯罪是对社会合法权益和正常秩序的侵害和破坏，用刑罚对犯罪行为实施惩罚，一方面，可以遏制犯罪人本人再次实施犯罪行为；另一方面，可以阻止其他人实施同样的行为。通过国家对犯罪人刑罚的施加，以少数犯罪人的小的痛苦换取大多数社会公民的大的幸福，符合社会功利观念的要求。这实际上是刑罚的功利根据。综上所述，国家刑罚权的根据实际上是以维护国家自身存在为前提的报应根据与功利根据的统一。

三、刑罚的目的

刑罚目的是刑罚理论中一个至关重要的课题，但凡涉足刑罚理论的学者都无法漠视它的存在；刑罚目的又是一个众说纷纭、难有

^① 参见张明楷著：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第397页。