

刑种通论

主编 陈兴良

人民法院出版社

刑 种 通 论

主 编 陈兴良

副主编 王 晨 史有勇

撰稿人 (以姓氏笔划为序)

王 晨 史有勇 李希慧 陈兴良
黄振中 蒋 莺 黎 宏

人 民 法 院 出 版 社

1 9 9 3 · 北 京

(京)新登字 051 号

刑 种 通 论

主 编 陈兴良

副主编 王 晨 史有勇

人民法院出版社出版发行

新华书店经销

中国铁道出版社印刷厂印刷

787×1092 毫米 32 开本 19.5 印张 420 千字

1993 年 9 月第 1 版 1993 年 9 月第 1 次印刷

印数:0001—5000

ISBN 7-80056-194-1/D·365 定价:11.90 元

前 言

犯罪与刑罚是刑法的一对基本范畴,二者共同构成刑法学的研究对象。但是,在我国刑法学界,犯罪与刑罚这对孪生儿似乎并未得到一视同仁的礼遇:犯罪研究倍受青睐;而刑罚研究颇受冷落。一部五六十万字的刑法学鸿篇巨制,有关刑罚的内容却只有寥寥数章,与刑罚在刑法学理论体系中的地位极不相称。诚然,造成这种现象的原因是复杂的,但有一点却是明显的,这就是刑罚研究较之犯罪研究,更受法条的拘束。易言之,在刑罚研究中,注释法学的色彩更浓,从而严重地阻碍了刑罚研究的深化。在犯罪研究中,犯罪构成理论以其严谨的逻辑体系自成一格。犯罪构成的要件虽然具有法定性,但犯罪构成的一般理论却是建立在对刑法具体规定的高度抽象与概括的基础之上的,因而不同于对法条的简单注疏。犯罪构成理论一经建立,具有强大的逻辑穿透力,并且统率犯罪中的一切理论问题。例如未完成罪、共同犯罪、单复数罪,都是犯罪构成的具体运用。同时,从犯罪构成理论还生发出定罪理论、刑事责任理论。定罪理论是对犯罪构成的动态研究,即论述犯罪构成具体运用的一般理论问题。刑事责任,根据我国刑法学界较为流行的观点,被认为是介于犯罪和刑罚之间,而对犯罪和刑罚的关系起调节作用的一个范畴。但更大程度上,刑事责任是在犯罪理论中受到重视与强调的,例如,刑事责任理论的核心——根据问题,就主要与犯罪构成有关。因此,犯罪理论的

研究,在一定程度上超越法条,具有较为浓厚的理论色彩。相比较之下,刑罚研究显得苍白而又贫乏。从刑法教科书的体系来看,除刑罚的概念与目的以外,余下的刑罚的体系和种类、量刑、数罪并罚、缓刑、减刑、假释、时效,都是对法条的注释,未能建立起一般的理论体系。我在1988年发表于《法学研究》第5期的《刑法学体系的反思与重构》一文中曾经指出,行刑论应当在刑法学体系中占有一席之地。在现存的刑法学体系中,刑之本体与刑之执行是混合的,这是由注释刑法学的特点所决定的,因为刑法条文把这两者规定在一起了。我们认为,法条的这种规定是理所当然的,是由立法技术与法条表达的要求所决定的。但在刑法理论上,应该把刑之本体问题与刑之执行问题分开,这是由理论阐述的要求所决定的。刑之本体问题是指对各种刑罚方法的本质、意义、利弊等的考察,而刑之执行问题是指各种刑罚方法的具体执行。两者混合的结果,就是没有深刻地揭示各种刑罚方法的本质,没有达到刑罚哲学的应有高度,而是局限于对法条所规定的各种刑罚方法的执行问题。所以,我认为应在行刑论中研究各种刑罚方法的执行,这更合乎刑法学体系的内在逻辑。应该说,当时的这些思考还是不够成熟的,但它至少表明了我对刑罚研究的这样一种信念:对法条的更大程度的超越,破除注释法学的樊篱应该是刑罚理论发展的突破口之一。

我国刑法学界对刑罚研究的薄弱,不仅表明刑罚理论的幼稚,也是整个刑法理论肤浅的标志之一。实际上,刑罚是一个最富哲理思辨色彩、也是内容最为深刻的问题。象刑罚权及其限度,就是一个需要深入研究的问题,对这个问题的研究,已经远远超越了法条的内容,而涉及民主与专制、国家与个人、自由与平等这样一些更为广泛的内容。孟德斯鸠曾经指

出：刑罚凡是不必要的，就是专制的。这就提出了一个刑罚的必要性，实际上也是合理性问题。刑罚权不是先给命题，刑罚同样需要为自己的存在辩护。对于这些问题，我国刑法学界基本上没有涉及。这是一种悲哀。在我看来，只有这些问题得到圆满的回答，刑罚理论才算达到了一个较高的水准。

刑法理论研究与一个国家的刑事法制建设是密切相关的。因此，我国当前重犯罪论轻刑罚论的状态也可以在法制建设的事实中找到原因。在刑法颁行之初，刑事司法活动更为关注的是罪与非罪的界限问题，保证刑事案件处理上的定性准确。因而，刑法理论也对犯罪问题予以了充分的重视，努力为司法实践提供理论指导。犯罪构成理论应该说起到了很大的作用，一经传播，深入人心，对于司法人员处理犯罪案件具有直接的功效。随着法制水平的提高，刑罚问题，包括量刑、行刑必将逐渐引起人们的重视，因为定罪归宿点是量刑，而量刑又为行刑提供法律根据，正是通过行刑活动达到刑法的最终目的。因此，从长远来看，刑罚理论必将引起人们的兴趣。而刑罚理论的发达程度又在很大程度上代表了一个国家的刑法理论研究水平。

本书的写作是我们对刑罚理论研究的开端，也是一次十分有益的尝试。由于刑罚是一个十分广泛的研究领域，我们选择刑种作为一个突破口。刑种，即刑罚种类，是指各种具体的刑罚方法，刑法至于刑罚的整个规定都是围绕着刑种而展开的。因此，刑罚理论的深化，必然始于对刑种的研究。为了在更大程度上展开理论思辩，我们没有简单地局限于法条的规定，而是将刑种概括为生命刑、自由刑、财产刑与资格刑四种，在每一刑种中，按照历史沿革、概念界定、理论争论、各国比较、我国立法、裁量、执行和发展完善这样一条线索展开深入

系统的理论研究。在本书的写作中，我们坚持理论联系实际的风学，立足于中国关于刑种的立法与司法，并兼采比较研究的方法，借鉴历史上与外国的立法例，力图使本书达到一定的理论高度，从而为刑罚理论的发展作出我们的努力。

本书的撰著者与我共同努力，使本书得以完成并出版。尤其是王晨先生，对刑罚理论一直怀有浓厚的兴趣，并以此作为自己学术研究的主攻方向。在我们最初相识的时候，经过一场关于刑法理论研究的大侃，决定共同撰写一部刑罚的理论专著，以表示我们对现在的刑罚研究现状的不满与我们在刑罚研究上的进取心。经过数年的潜心研究，我们终于完成了这本书，并且将它呈现给读者。我还要感谢史有勇先生，作为一名法官，以他长期从事司法实践的经验为本书增色不少。

在本书即将出版之际，略抒胸臆，是为前言。

陈兴良

谨识于北京塔院迎春园寓所

1992. 9. 28

目 录

前 言	(1)
导 论	(1)
第一节 刑种的历史演变	(1)
第二节 刑种的科学确定	(7)
第三节 刑种的发展趋势	(11)

第一篇 生命刑论

第一章 生命刑的缘起与演变	(18)
第一节 我国历史上的生命刑	(19)
一、我国历史上生命刑的沿革	(19)
二、我国历史上生命刑的特点	(25)
第二节 外国历史上的生命刑	(27)
一、复仇时代的生命刑	(27)
二、威吓时代的生命刑	(28)
三、博爱时代的生命刑	(30)
四、昌盛时代的生命刑	(31)
第二章 生命刑概说	(33)
第一节 生命刑的本质	(33)
一、生命刑的社会本质	(33)
二、生命刑的法律本质	(37)

第二节 生命刑的功能	(40)
一、生命刑的特殊预防功能	(40)
二、生命刑的一般预防功能	(42)
第三章 生命刑存废之争	(47)
第一节 生命刑存置论	(48)
一、生命刑是基于伦理正义的必然要求	(48)
二、生命刑具有最大的威慑作用	(49)
三、生命刑的存在是社会契约论的基本要求	(51)
四、生命刑的保留并不违宪	(52)
五、生命刑具有一劳永逸的除害效果	(53)
六、生命刑是避免私刑的重要手段	(54)
七、错判难纠不足以成为废除生命刑的理由	(54)
八、国民确信是生命刑存置的重要根据	(55)
第二节 生命刑废止论	(56)
一、生命刑是野蛮时代血腥复仇的沿袭	(56)
二、生命刑不足以对犯罪人发生威慑作用	(56)
三、根据社会契约论生命刑应当废除	(58)
四、生命刑具有违宪性	(59)
五、生命刑的不可分性有悖于罪刑相适应原则	(60)
六、生命刑错判难纠应予废除	(61)
七、生命刑助长人的残忍心理	(61)
八、生命刑的执行有悖于刑罚经济原则	(62)
九、生命刑不合乎现代教育刑的趣旨	(63)
十、废止生命刑实属历史发展的必然	(63)
第三节 生命刑存废的评价	(64)
一、生命刑存置论的评价	(65)
二、生命刑废止论的评价	(67)

三、生命刑的限制和慎用是目前的选择·····	(69)
第四章 各国生命刑的考察 ·····	(72)
第一节 生命刑的适用范围·····	(72)
一、危害国家安全的犯罪·····	(72)
二、破坏公共安全的犯罪·····	(73)
三、侵犯人身权利的犯罪·····	(74)
四、侵犯财产权利的犯罪·····	(74)
五、其它种类的犯罪·····	(74)
第二节 生命刑的适用对象·····	(76)
一、对未成年人不适用生命刑·····	(76)
二、对老年人不适用生命刑·····	(77)
三、对孕妇不得适用生命刑·····	(79)
四、对心神耗弱者不适用生命刑·····	(81)
第五章 我国刑法中的生命刑 ·····	(82)
第一节 生命刑的立即执行和缓期执行·····	(82)
一、生命刑的立即执行·····	(82)
二、生命刑的缓期执行·····	(85)
第二节 生命刑的适用范围·····	(88)
一、刑事立法规定的生命刑适用范围·····	(88)
二、对生命刑适用范围变化的认识·····	(91)
第三节 生命刑的适用条件·····	(93)
一、生命刑适用的积极条件·····	(93)
二、生命刑适用的消极条件·····	(93)
第六章 生命刑的裁量 ·····	(97)
第一节 概述·····	(97)
一、生命刑裁量的概念·····	(97)
二、生命刑裁量的原则·····	(97)

三、生命刑裁量的情节	(101)
第二节 生命刑立即执行的裁量	(104)
一、生命刑立即执行裁量的依据	(104)
二、生命刑立即执行裁量的标准	(105)
三、生命刑立即执行裁量中问题的探讨	(107)
第三节 生命刑缓期执行的裁量	(109)
一、生命刑缓期执行裁量的依据	(109)
二、生命刑缓期执行裁量的标准	(111)
第七章 生命刑的执行	(117)
第一节 生命刑的立即执行	(117)
一、生命刑执行的方法	(117)
二、生命刑执行的时间	(118)
三、生命刑执行的场所	(121)
四、生命刑执行的变更	(122)
五、生命刑执行的程序	(124)
第二节 死缓的执行	(128)
一、死缓执行的概念	(128)
二、死缓执行的方法	(129)
三、死缓执行的变更	(129)
四、“抗拒改造情节恶劣”的掌握	(132)
五、死缓执行变更的程序	(138)
第八章 生命刑的发展完善	(140)
第一节 生命刑观念的变革	(140)
一、生命刑扩张与限制之争	(140)
二、生命刑应当严格限制	(142)
第二节 生命刑的法律限制	(145)
一、生命刑的立法限制	(145)

二、生命刑的司法限制	(149)
------------------	-------

第二篇 自由刑论

第九章 自由刑的缘起与演变	(155)
第一节 古代刑法中的自由刑	(155)
一、古代刑法中自由刑的形式	(155)
二、古代自由刑的刑罚思想基础	(157)
三、古代刑法中自由刑的特点	(160)
第二节 西方刑法中的自由刑	(161)
一、近代自由刑的崛起	(161)
二、自由刑面临的挑战	(164)
第三节 前苏联、东欧刑法中的自由刑	(166)
一、前苏联刑法中的自由刑	(166)
二、东欧刑法中的自由刑	(169)
第四节 我国刑事立法中的自由刑	(170)
一、革命根据地刑事立法中的自由刑	(170)
二、建国以后刑事立法中的自由刑	(172)
第十章 自由刑概说	(174)
第一节 自由刑的概念	(174)
一、自由与刑罚	(174)
二、自由刑之自由的蕴含	(176)
三、自由刑的意义	(178)
第二节 自由刑的功能	(179)
一、自由刑功能概述	(179)
二、我国自由刑的功能	(181)
第三节 自由刑的分类	(186)

一、剥夺自由刑与限制自由刑	(186)
二、无期自由刑与有期自由刑	(187)
三、长期自由刑与短期自由刑	(188)
四、定期自由刑与不定期自由刑	(190)
第十一章 自由刑存废之争	(191)
第一节 无期自由刑存废之争	(191)
一、无期自由刑废止论	(191)
二、无期自由刑存置论	(192)
三、无期自由刑存废之争的结果	(194)
四、我国关于无期徒刑存废的争论	(195)
第二节 短期自由刑存废之争	(198)
一、外国短期自由刑的理论与实践	(198)
二、我国短期自由刑的理论与实践	(203)
三、我国刑法中拘役的存废之争	(208)
第三节 限制自由刑存废之争	(212)
一、管制刑种废止论	(213)
二、管制刑种存置论	(215)
三、管制存废的评价	(218)
第十二章 各国自由刑的考察	(223)
第一节 各国自由刑立法概况	(223)
一、各国刑法关于自由刑的规定	(223)
二、各国自由刑彼此之间的差异	(226)
第二节 无期自由刑的考察	(228)
一、无期自由刑的立法概况	(228)
二、无期自由刑的立法特点	(231)
第三节 有期自由刑的考察	(233)
一、有期自由刑的立法状况	(233)

二、短期自由刑的立法考察	(235)
第四节 限制自由刑的考察	(237)
一、限制自由刑的特点	(237)
二、限制自由刑的种类	(237)
第五节 自由刑的发展趋势	(239)
一、自由刑刑种单一化	(239)
二、自由刑行刑社会化	(242)
第十三章 我国刑法中的自由刑	(246)
第一节 我国刑法中自由刑的特点	(246)
一、我国刑法中自由刑的性质	(246)
二、我国刑法中自由刑的地位	(247)
三、我国刑法中自由刑的精神	(248)
第二节 无期徒刑	(249)
一、无期徒刑的概念	(249)
二、无期徒刑的适用范围	(250)
三、无期徒刑的适用对象	(252)
第三节 有期徒刑	(255)
一、有期徒刑的概念	(255)
二、有期徒刑的期限及刑期计算	(255)
三、有期徒刑的适用范围	(258)
四、有期徒刑的适用对象	(258)
第四节 拘役	(261)
一、拘役的概念	(261)
二、拘役的期限及刑期计算	(263)
三、拘役的适用范围	(263)
四、拘役的适用对象	(266)
第五节 管制	(267)

一、管制的概念	(267)
二、管制的特点	(270)
三、管制的期限	(271)
四、管制的适用范围	(273)
五、管制的适用对象	(274)
第十四章 不定期刑	(276)
第一节 不定期刑的概念	(276)
一、不定期刑的特点	(276)
二、不定期刑的形式	(278)
第二节 不定期刑的沿革	(278)
一、十八世纪以前的不确定宣判制度	(279)
二、启蒙学家对不确定宣判制度的抨击	(279)
三、现代刑罚理论对不定期刑的支持	(280)
第三节 不定期刑存废之争	(285)
一、不定期刑肯定说	(285)
二、不定期刑否定说	(287)
三、有关国际会议与不定期刑	(288)
第四节 各国不定期刑的考察	(289)
一、不定期刑的立法概况	(289)
二、不定期刑的种类	(291)
三、不定期刑的适用对象	(292)
四、不定期刑的适用条件	(294)
第五节 我国实行不定期刑的构想	(295)
一、不定期刑在我国的实践	(295)
二、我国采用相对不定期刑的依据	(297)
三、完善我国相对不定期刑的设想	(299)

第十五章 自由刑的裁量	(302)
第一节 概述.....	(302)
一、自由刑裁量的概念	(302)
二、自由刑裁量的依据	(303)
第二节 无期自由刑的裁量.....	(309)
一、无期自由刑裁量的概念	(309)
二、无期自由刑的具体裁量	(309)
第三节 有期自由刑的裁量.....	(311)
一、有期徒刑的裁量	(311)
二、拘役的裁量	(314)
第四节 限制自由刑的裁量.....	(316)
一、管制的适用方式	(317)
二、管制刑期的确定	(317)
第十六章 自由刑的执行	(319)
第一节 概述.....	(319)
一、自由刑执行的概念	(319)
二、自由刑执行的原则	(322)
第二节 徒刑的执行.....	(326)
一、徒刑的执行机关	(327)
二、徒刑的执行方法	(331)
三、徒刑的刑满释放	(336)
第三节 拘役的执行.....	(340)
一、拘役的执行机关	(340)
二、拘役的执行方法	(341)
第四节 管制的执行.....	(342)
一、管制的执行机关	(342)
二、管制的执行方法	(343)

三、管制的解除	(344)
第五节 自由刑执行中的若干问题	(345)
一、刑期的折抵	(345)
二、刑罚的易科	(347)
三、监外执行	(349)
第十七章 自由刑的发展完善	(353)
第一节 无期自由刑的发展完善	(353)
一、配之以减刑制度	(354)
二、辅之以假释制度	(355)
三、设立无期徒刑缓刑制度	(356)
第二节 短期自由刑的发展完善	(358)
一、外国完善短期自由刑的立法实践	(358)
二、完善我国短期自由刑的立法构想	(362)
第三节 限制自由刑的发展完善	(370)
一、完善管制立法的具体措施	(370)
二、管制在刑罚体系中的地位	(372)

第三篇 财产刑论

第十八章 财产刑的缘起与演变	(376)
第一节 罚金的历史沿革	(376)
一、罚金的起源	(376)
二、古代的罚金	(377)
三、近代的罚金	(379)
第二节 没收财产的历史沿革	(381)
一、古代的没收财产	(381)
二、近代的没收财产	(382)