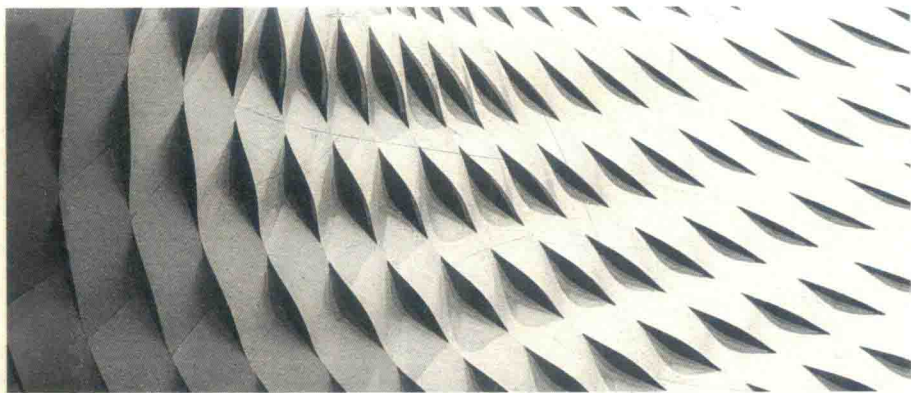




天津大学社会科学文库

于 阳 ————— 著

刑罚适应性及其 实现问题研究



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

本著作作为2016年度国家社会科学基金重大项目
《我国刑法修正的理论模型与制度实践研究》之阶段性研究成果（项目编号：16ZDA061）



天津大学社会科学文库

刑罚适应性及其 实现问题研究

于 阳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑罚适应性及其实现问题研究 / 于阳著. -- 北京 : 法律出版社, 2019
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3748 - 1

I. ①刑… II. ①于… III. ①刑罚—理论研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 179818 号

刑罚适应性及其实现问题研究

XINGFA SHIYINGXING JIQI SHIXIAN WENTI YANJIU

于 阳 著

策划编辑 似 玉

责任编辑 似 玉

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室

开本 A5

印张 9.875

字数 236 千

版本 2019 年 9 月第 1 版

印次 2019 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ liuwenke0467@sina.com

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3748 - 1

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

天津大学社会科学文库

出版说明

自然科学与社会科学如车之两轮、鸟之两翼。哲学社会科学的发展水平,体现着一个国家和民族的思维能力、精神状况和文明素质。中国特色社会主义事业的兴旺发达,不仅需要自然科学的创新,而且需要以马克思主义为指导的哲学社会科学的繁荣和发展。《天津大学社会科学文库》的出版是为繁荣发展我国哲学社会科学事业尽一份绵薄之力。

天津大学前身是北洋大学,有着悠久的历史。1895年9月30日,盛宣怀请北洋大臣王文韶禀奏清廷,称“自强之道,以作育人才为本;求才之道,尤以设立学堂为先”。隔日,即1895年10月2日,光绪皇帝御批,中国现代第一所大学诞生了。创设之初,学校分设律例(法律)、工程(土木建筑水利)、矿务(采矿冶金)和机器(机械制造和动力)4个学门,培养高级专门人才。1920年教育部训令,北洋大学进入专办工科时期。

新中国成立后,1951年,学校定名为天津大学;1959年,成为中共中央首批指定的16所全国重点大学之一;1996年进入“211工程”首批重点建设高校行列;2000年,教育部与天津市签署共建协议,天津大学成为国家在21世纪重点建设的若干所国内外知名高水平大学。

学校明确了“办特色、出精品、上水平”的办学思路,逐步形成了以工为主、理工结合,经、管、文、法等多学科协调发展的学科布局。学校以培养高素质拔尖创新人才为目标,坚持“实事求是”的校训和“严谨治学、严格教学要求”的治学方针,对学生实施综合培养,为民族的振兴、社会的进步培养了一批批优秀的人才。21世纪初,学校制定了面向21世纪的总体发展目标和“三步走”的发展战略:努力把天津大学建设成为国内外知名高水平大学,并在21世纪中叶建设成为综合性、研究型、开放式、国际化的世界一流大学。

《天津大学社会科学文库》的出版是向外界展示天津大学社会科学方面的科研成果。丛书是由若干本学术专著组成,主题未必一致,主要反映的是天津大学社会科学研究水平。借助天津大学的平台,对外扩大天津大学社会科学研究的知名度,对内营造一种崇尚社会科学研究的学术氛围,每年数量不多,铢积寸累,逐渐成为天津大学社会科学的品牌,同时也推出一批新人。使广大学者积年研究所得的学术心得能够嘉惠学林,传诸后世。

《天津大学社会科学文库》出版的取舍首先是真正的学术著作,其次是与天津大学地位相匹配的优秀研究成果。我们联系优秀的出版社进行发行出版,以保证品质。

出版高质量的学术著作是我们不懈的追求,凡能采用新材料、运用新方法、提出新观点,新颖、扎实的学术著作我们均竭诚推出。希冀我们的《天津大学社会科学文库》能经受得起时间的检验。

天津大学人文社科处

2009年1月20日

序

本书是于阳同志在其 2014 年完成并通过答辩的博士学位论文基础上,经过进一步的拓展研究和大幅度修订而形成的。作为于阳的博士生导师,我是本书的第一个读者,也见证了该成果从孕育、萌芽到不断成长、最终问世的整个过程,也深知作者在研究写作中付出的艰辛和饱尝的甘苦。对当今很多学者而言,博士学位论文是进入学术殿堂的进阶之梯,其出版对作者来说具有不同寻常的意义。这本书不是于阳出版的第一本学术专著,相信他今后也会带给我们更多学术方面的惊喜,但本书在他的学术历程中一定有着特别的地位。所以,我祝贺这部刑法学的新人新作的诞生,也愿意与大家分享以下的“读后感”。

本书是对我国刑罚制度进行体系性思考的一部著作。犯罪和刑罚是刑法学的两大核心范畴。我国刑法学研究中长期存在的一个问题,就是相对于犯罪论而言,对刑罚论一直关注度不高,投入资

源有限,整体研究水平单薄。在一些法科院系的教学过程中,刑罚论也备受冷遇,实际讲授的学时十分有限。这种局面的形成,同以往司法实践中存在的“重定罪、轻量刑、忽视行刑”的现象不无关系。实际上,刑罚的适用与执行,不仅同犯罪的认定同等重要,而且在现实当中往往更具有挑战性。就量刑而言,除了个别疑难案件在定性上存在困惑外,大多数的刑事案件面临的难题是如何适当量刑。量刑普遍涉及定量问题,定量问题比定性问题更难把握,量刑比定罪考虑的因素更广,除了已然的行为事实,还需要衡量被告人的人身危险性程度,需要考虑罪行以外的其他因素。就行刑而言,如何在严格监管的前提下,有效地矫正罪犯的不良习性,转变其错误思想,通过促进罪犯的再社会化来保障社会安全,这更是复杂艰巨的工作。我想,如果没有相对成熟的刑罚理论、比较完备的量刑与行刑机制,即使定罪理论再精致、定罪工作再精准,刑法的正义价值也难以实现。脱离了公正的刑罚,再具体准确的罪名,也只是一个抽象的符号。

然而,对刑罚论研究的不足,导致了我国刑法学研究上一定程度的“跛脚”局面,也制约着刑事法治的公正性、科学化和现代化。刑罚设置不尽合理、量刑偏差与量刑失衡现象大面积存在、行刑效能不佳等问题,成为多年来困扰刑事实践的突出问题。我国政法高层已经敏锐地意识到这些问题,并在21世纪伊始力推刑罚制度方面的改革。例如,2003年启动了监狱体制改革和社区矫正试点,2010年启动了量刑规范化改革。2011年和2015年先后出台的两个刑法修正案中,刑罚结构调整均为修法的重点内容,例如,大幅削减死刑罪名,适当提高监禁刑的强度,规范并扩大非监禁刑的适用,刑事禁止令的创设,针对重大贪污贿赂犯罪的终身监禁的设立等。另外,2012年和2018年两次刑法的修订,也涉及不少同刑罚适用与执行相关的内容,例如,明确将量刑纳入审理程序,完善监外执行规定,刑事和解、认罪认罚从宽和检察院量刑建议权等制度入法。立法的变化必然对刑事司法实践产生影响。应当说,学界对推动

刑罚改革提供了一定的理论支持,尤其在削减死刑罪名、推行社区矫正等方面,学术支撑功不可没,但也有不少改革内容学界关注不够,没有充分发挥理论的引领和支撑作用,如在量刑规范化改革等方面,显然实践走到了理论的前面,理论支持不足的问题比较明显。

回顾人类刑罚发展史,可以发现,中外历史上很多次刑法制度的进步,都是从刑罚改革开始的,刑罚改革实践也不断推动着刑法学理论的繁荣和进步。从我国看,从汉文帝废除肉刑到清末修律;从西方看,从贝卡利亚抨击封建刑罚的残酷性、约翰·霍华德倡导监狱改良、约翰·奥古斯都催生缓刑制度,直到二战后死刑废除运动与社区矫正的异军突起,刑罚改革都是刑法制度乃至整个法律体系变革的核心议题。而刑罚的配置、适用与执行状况,集中展示着一个国家或地区的法治文明程度。因此,把更多的目光和更多的精力投向刑罚问题,不断提升刑罚理论研究的广度、深度、高度,应是我国新时代刑法学科学发展的必然趋向。正是基于这样的背景和考量,在阳博士生入学之际,我和他就商定以刑罚论作为主攻方向。不过,在拟定学位论文选题时,我对他提出的“刑罚适应性及其实现”这一题目起初并不赞同。不是对这个论题本身不认可,恰恰相反,我认为这是非常值得研究的问题,而且“刑罚适应性”这一表述是有新意、有价值的。但是,这是一个相当宏大的问题,涉及内容极为广泛,一位年轻的博士生能否有功力把这个大且难的题目拿下来,我心里并没有底。如果写作中难以驾驭,最后很可能写成一篇大题小做、虎头蛇尾的文章,这正是学位论文的大忌。但是,于阳作为从西北走出来的“陕西楞娃”,骨子里有着陕西人的执着甚至倔强气质,在他的坚持下,我和导师组其他老师在多次“风险提示”后,勉强同意了他的开题报告。

现在可以说,于阳并没有让我们失望。展示在读者面前的这部近三十万字的作品,证明了他的艰苦努力和厚实收获。当然,本书称不上一部比较完美或很精致的学术著作,书中仍然存在诸多的缺憾与不足,但

可谓是一部有思考、有见解、有新意、有价值的刑法学论著。“刑罚适应性”这一概念,受到了周少华教授提出的“刑法适应性”概念的启发,少华教授也是我的大学同学,在写作过程中给了于阳不少指导帮助。“刑罚适应性”命题的提出,旨在消解和克服刑罚确定性与刑罚灵活性之间的紧张关系,这是本书的基本立论。作者对刑罚适应性的内涵与外延作了比较有说服力的界定,为本书整体及后续研究奠定了较好的基础。由此出发,作者从理念、制度、技术三个维度,以制刑、量刑、行刑为逻辑轴线,系统梳理了刑罚运作中的一系列前沿问题、争议问题、关键问题。作者的视野是比较开阔的,研究中贯穿了储槐植教授(也是我本人的博士生导师)提出的刑事一体化理念,也体现出了较强的问题意识和问题导向,在有力洞察和捕抓重点问题的同时,能提出有针对性的解决方案。文中对一些理论争鸣问题如“量刑反制定罪”,以及一些实践棘手问题如“社区服刑人员”危险性评估,都有认真的回应。

作为于阳的导师也是学术伙伴,对本书肯定和鼓励的同时,我想更有必要提一些批评和建议。实际上,于阳在结语当中也坦陈了书中存在的问题和研究中的局限。除了他提到的问题,我认为本书还存在的明显不足,一方面是实证研究方法应用不足,另一方面就是对刑罚适用与执行的程序保障问题论述不够。如前所述,刑事和解、认罪认罚从宽、量刑建议权等制度的立法化,以及《人民陪审员法》的出台和陪审员制度的改革,对量刑机制与效果必然会有深远影响,这方面需要进一步展开研讨。另外,中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出完善刑罚执行制度,统一刑罚执行体制,实践中已经开始刑罚执行一体化的探索,刑事执行权的重构问题需要高度关注。近年来,保安处分措施的改革与立法化问题加速,如收容教育的废除问题、强制医疗程序的立法化、收容教养与强制戒毒的配套立法、反恐安置教育规定的出台等,如何对待刑罚与保安处分措施的关系,需要予以足够重视。此外,2018年年底通过的《国际刑事司法协助法》,就国际司法协助中的量刑承诺与量刑

折扣问题作了专门规定,这也给量刑研究提出了新课题。

不能奢望更不能苛求一本著作能论及刑罚适应性的所有问题。希望于阳能抱着“咬定青山不放松”的精神,在刑罚论领域这一学术富矿深入挖掘、持续发力,在今后的研究中不断有新突破,在刑法学的世界里越走越远、越飞越高。

冯卫国*

2019年4月23日

* 冯卫国,山西阳泉人,北京大学法学博士,西北政法大学刑事法学院院长、教授、博士生导师,吉林大学法学院兼职教授。

前 言

刑罚基本特性包含刑罚的确定性和刑罚的灵活性,刑罚的适应性可以消解和克服刑罚确定性与刑罚灵活性间的紧张关系。在现代社会,适应性是其核心特性,而刑罚适应性既是刑罚的核心特性,也是现代刑事法治社会的核心特性。

虽然刑罚适应性在逻辑思维上强调一种体系化思考,但更加注重对具体问题的分析和解决,因此也能够满足刑法对实践理性的价值追求。而作为刑罚核心特性的刑罚适应性,必然要在现代刑事法治社会中发挥越来越重要的作用。当前,我国的刑罚制度正在逐步适应社会情势的变迁,而要提倡刑罚的这种适应性特性,就需要在刑罚制定、刑罚裁量和刑罚执行三个重要环节中进行相关的适应性调整。

在整个刑事立法、刑事司法和刑事执行活动中,制刑是基础、量刑是关键、行刑是保障。刑罚适应性既要在制刑中充分地实现,又要在量刑中最大

化地实现。此外,还要确保刑罚适应性在行刑中的最终实现。因为行刑权是刑事司法权的最后一个环节,也是刑罚权“实践性”或“实现性”环节,只有通过行刑活动才能最终地实现刑罚的适应性。

除导论和结论部分外,本书共包含五章内容,具体而言:

第一章为刑罚基本特性:刑罚确定性与刑罚灵活性。主要论述了刑罚特性概念之提倡、法律的确信性与法律的灵活性、刑罚确定性与灵活性的基本内涵、刑罚确定性与灵活性的主要特性诠释、刑罚确定性与灵活性的作用、意义和价值、刑罚确定性与刑罚灵活性存在问题的剖析、刑罚确定性与刑罚灵活性存在问题的消解与克服、刑罚确定性与刑罚灵活性间的内在关系辩证等重要问题。

本章首先就刑法特性展开论述,再对由刑法特性推导出的刑罚特性展开论述与评析,进而指出刑罚特性除了具备刑法的特性外,还包括刑罚的经济性、刑罚的必要性以及动用刑罚的可能性等特征。笔者认为,刑罚基本特性最重要的存在样态(或曰表现形式)是法律的确信性与法律的灵活性,进而指出刑罚的基本特性是刑罚确定性与刑罚灵活性。在分别就刑罚确定性与刑罚灵活性概念的内涵及外延、基本特点、作用、意义、价值以及存在的问题展开论述后,对刑罚基本特性间的关系进行辩证,进而指出刑罚确定性与刑罚灵活性之间存在一种逻辑上的紧张关系,需要进一步的消解与克服。而刑罚适应性在一定程度上可以消解和克服这种紧张关系,从而以此引出刑罚适应性的概念。

第二章为刑罚适应性的证立与证成。论述了适应性是现代社会的核心特性、刑罚适应性概念及内涵、刑罚适应性的外延、刑罚适应性协调的主要关系范畴以及刑罚适应性的证成等重要问题。

笔者认为,现代社会至少具有开放性、包容性、多样性和易变性四个基本特性。这四个特性作为现代社会的基本特性,均在一定程度上体现了适应性的要求。适应性的概念以及概念本身所表达出的基本理念完全可以涵盖这四个基本特性,因而适应性是现代社会的核心特性,甚至

是唯一核心特性。笔者同时也对刑罚适应性概念的内涵及外延进行了科学界定,以及在认真梳理刑罚适应性协调的五对主要关系范畴后,提出刑罚适应性既是刑罚的核心特性,也应当是刑事法治的核心特性,还可以是现代刑事法治社会的核心特性。

刑罚适应性的外延包括刑罚与人类社会发展的趋势的适应(其中又包括刑罚与经济发展、政治文明、社会发展、文化多元、国际刑罚发展趋势等相适应)、刑罚与国家特定时期刑事政策的适应、刑罚与犯罪性质的适应、刑罚与具体罪行的适应、刑罚与具体执行方式的适应等内容。刑罚适应性协调的主要关系范畴包括刑罚的报应与预防、刑罚的成本与效益、刑罚的威慑性与宽和性、刑罚的惩罚性与人道性、刑罚的公正性与个别化等。

第三章为刑罚适应性在制刑中的实现。重点论述了我国刑罚体系的适应性调整、法定刑设定模式的适应性调整、量刑情节的适应性调整、司法解释的适应性调整等重要问题。

在考察世界各国刑罚种类的设置后,笔者认为,我国刑罚种类设置存在刑罚种类数量偏少,设置过于简单、刑罚缺乏个别化,灵活性明显不够等立法现实问题,需要从个别化的刑罚发展趋势与社会化的刑罚发展趋势两个层面对刑罚种类进行适度扩展。针对我国刑罚结构存在的问题,需要对生刑与死刑的比例、无期徒刑与死刑的衔接、管制刑和罚金刑的适用等问题进行刑罚结构的合理性调整;笔者认为,我国的法定刑设定模式存在法定刑疏密程度不均衡、存在绝对确定的法定刑模式、大量设置衔接式的法定刑幅度等问题,进而提出要从科学设置法定刑的疏与密,促使刑罚量的均衡化、减少并逐步消除绝对确定的法定刑模式、有计划的设置交叉式的法定刑幅度等方面对法定刑进行适应性完善;笔者认为,可以从“应当”情节与“可以”情节、从重处罚与从轻、减轻、免除处罚、法定刑以下减轻处罚三个方面对法定量刑情节进行适应性调整。对酌定量刑情节以及量刑情节竞合等问题也要进行相应地适应性调整,主

张酌定情节应进一步升格规定为法定情节。此外,本章还对司法解释对量刑标准的规范、司法解释授权地方制定具体刑罚适用标准等问题进行了刑罚适应性调整。

第四章为刑罚适应性在量刑中的实现。重点论述了量刑规范化的适应性调整、量刑机制的适应性调整、量刑中需要考虑的其他相关问题以及酌定减轻量刑权的适应性调整等重要问题。

笔者在分析估堆的量刑模式、数量化的量刑模式以及《指导意见》中确定的量刑模式的基础上,提出应对量刑模式、量刑起点、基准刑进行适应性调整以及量刑情节对基准刑的适应性校正;笔者从量刑情节受基准刑的不同导致刑罚量差异较大、酌定量刑情节适用存在较大分歧两个问题入手,论证了量刑情节对基准刑的适应性调整;笔者从量刑调查报告制度的启动、量刑听证制度的构建、量刑中被害人意见的征询、量刑中刑罚易科制度的建立、量刑程序的完善五个方面存在的问题入手,对量刑机制进行了适应性完善。同时笔者还指出了量刑中需要重点考虑的五个相关问题,包括被告人经济状况与罚金刑的适用、被告人赔偿与被害人谅解对量刑的影响、量刑对监狱容量的考量、判处社区刑罚应注意的问题、量刑应否考虑民意的问题等。最后,本章还分析了酌定减轻量刑权核准程序存在的相关问题,主张从核准主体的科学设定、相关制度与程序的进一步完善两个方面对酌定减轻量刑权进行适应性调整。

第五章为刑罚适应性在行刑中的实现。笔者有意将刑罚执行分为监禁刑的执行和非监禁刑的执行两大类别。在刑罚适应性在监禁刑中的实现部分,论述了行刑对量刑的适应性调节、减刑制度的适应性改造、假释制度的适应性调整以及赦免制度的适应性激活等问题。在刑罚适应性在非监禁刑中的实现部分,重点对社区矫正人员再犯危险评估问题进行了比较深入地论证。

本章重点对“量刑反制定罪”的观点进行了反思性检讨,并对量刑差

异的不可避免性进行了深入分析,进而论证了行刑公正对量刑差异的适应性调节。笔者认为,在行刑过程中,至少可以通过调节减刑幅度的大小和减刑间隔期的长短、延长或者缩短假释决定中的刑罚实际执行的期限、执行赦免决定三种途径来修正之前出现偏差的量刑结果;笔者对减刑制度存在的现实困境进行了分析,指出减刑起始时间、减刑间隔时间和减刑幅度存在问题、减刑裁定权行使主体存在不适格的问题以及减刑条件存在合理性的问题、减刑程序存在复杂性的问题、减刑条件和减刑数量存在地区性差异的问题,进而主张对减刑制度进行适应性改造,包括:规范减刑起始时间、减刑间隔时间和减刑幅度、改革现有的减刑裁定机构、完善减刑条件、简化减刑程序、统一减刑制度等;笔者对假释制度发展“瓶颈”进行了分析,指出存在假释的实际适用率较低、刑法中存在“不得假释”的规定、假释的实质性条件立意模糊且难以确定等现实和客观问题,进而主张对假释制度进行适应性调整,以充分释放假释制度应有的功效,包括逐步扩大假释制度的适用比例、修改现行假释立法、建立假释前的罪犯人格调查制度、建立假释听证制度、建立假释再犯预测机制等;笔者对我国赦免制度存在的相关问题进行了厘清,指出赦免制度存在的法律规定过于简陋、特赦制度被长期虚设、外交和涉外司法制度不健全等实际问题,进而主张通过激活赦免制度、增加赦免制度的种类和适用范围、规范和完善特赦的程序等立法技术和司法手段,进一步激活和完善我国的赦免制度。

此外,笔者在本章中还重点探讨了社区矫正人员再犯危险性评估的理论问题,并就T市社区矫正再犯危险评估工作、T市社区矫正检察监督工作进行较为充分地实证调研基础上,进一步论证了刑罚适应性在非监禁刑中的实现问题。笔者对社区矫正人员再犯危险评估进行了深入思考,通过实地走访调研和开展个案访谈后,提出了社区矫正风险评估测评工作机制的具体建构。笔者认为,社区矫正风险评估机制应当贯穿于判决前、入矫后、解矫前三个阶段,从而形成一个完整的体系,

每个阶段都要对社区服刑人员的再犯危险进行分析和评估。此外,针对当前社区矫正工作的实际状况和开展风险评估工作的迫切需要,可以先行设计出一套《社区服刑人员风险评估测评量表(试行)》在各地试点运行。

目 录

前 言/1

导 论/1

第一章 刑罚基本特性:刑罚确定性与刑罚
灵活性/8

第一节 刑罚特性概念之提倡/9

一、刑法特性/9

二、刑罚特性/11

第二节 法律的确定性与法律的灵活性/16

一、法律的确定性/16

二、法律的灵活性/18

第三节 刑罚确定性与灵活性的基本内涵
解析/20

一、刑罚确定性的基本内涵/20

二、刑罚灵活性的基本内涵/24

第四节 刑罚确定性与灵活性的主要特性
诠释/27