



刑法学博士文库

保安处分 与中国刑法发展

苗有水 著



中国方正出版社

北京大学刑法学博士文库

保安处分与中国刑法发展

苗有水 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

保安处分与中国刑法发展/苗有水著. - 北京: 中国方正出版社, 2001.5

ISBN 7-80107-480-7

I. 北… II. 苗… III. 刑法-法的理论-文集
IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 028218 号

保安处分与中国刑法发展

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

中国农业出版社印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 7.25 字数: 166 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月北京第 1 次印刷

印数: 1—3500 册 定价: 99.20 元 (套) 12.40 元 (册)

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

北京大学刑法学博士文库编委会

主 任 杨春洗
委 员 (以姓氏笔画为序)
刘守芬 陈兴良 张 文
杨春洗 储槐植

总 序

北京大学是一所百年老校，追求思想与学术的统一：以思想启迪学术，以学术传递思想；思想栖息在学术中，学术浸润在思想里，开一代风气之先。北京大学刑法学博士点在北大学风的熏陶下，以推动我国刑法现代化，推进我国刑法理论研究为使命，自1990年建点以来，推出了一批在思想性与学术性两方面均颇有建树的博士论文。这些论文，除个别已经公开出版以外，其他均未能面世，殊为可惜。有感于此，经与中国方正出版社联系，这些博士论文以北京大学刑法学博士文库的名义正式推出，使之成为社会共享的刑法理论资源。

刑法学是一门理论性与实践性很强的学问，尤其是随着我国刑事立法与刑事司法的发展，刑法理论本身也不断更新。可以说，没有刑法理论的指导，就不会有科学的刑事立法与自觉的刑事司法。北大刑法学博士点历来注重刑法理论的研究，前承蔡枢衡先生、甘雨沛先生等老一辈刑法学家的学术思想，将刑法的研究纳入人文社会科学研究视域，古今中外相观照，以提升刑法学的理论水平。同时，北大刑法学博士点亦十分注重刑法学的应用性，关注刑事立法与刑事司法，力求解决立法实践与司法实践提出的各种疑难问题，从而使刑法理论立足于实践，在实践中获得强大的生命力。北大刑法学博士点在博士生的培养中，坚持上述原则，并反映在博士论文当中。从博士论文的选题和内容来看，有一些属于理论性的论题，作者能够运用刑法理论分析问

题、解决问题，取得了前沿性的研究成果。有一些属于实践性的论题，作者能够面对立法与司法的现实，选取某一个角度，从理论上加以研究，对于刑事立法与刑事司法具有直接的指导意义。还有一些是专门研究外国刑法的，在广泛搜集资料的基础上，对相关问题作了系统的梳理，从而对我国刑法的发展具有借鉴意义。尤其应当指出的是，北大刑法学博士点秉承刑事一体化的原则，除了刑法以外，研究方向还包括犯罪学和监狱学。因此，在出版的博士论文中，也包括犯罪学和监狱学的博士论文，在该领域内部处于领先的学术地位。

学术研究是一项需要持久努力的事业；同时，学术研究又是一项集体共同的事业。北大刑法学博士点就是这样一个刑法学研究基地，在向社会不断输送人才的同时，也使博士点本身不断发展壮大。这套刑法学博士文库，正反映了北大刑法学博士点的理论实力。她不仅包含着各位作者的智慧，也凝聚各位指导教师的心血，可以说是师生共同的学术成果。现在，将这些博士论文出版，也正是为了检验北大刑法学博士点的学术水平。我们相信，随着更多年青人取得博士学位，将会有更多的博士论文收入文库，从而为我国刑法理论研究贡献一分力量。

北京大学刑法学博士文库由北京大学法学院刑法学博士点的博士生导师组成编委会，逐年出版本博士点通过的博士论文。但愿这些博士论文能够成为学术上的新生力量，不断地激活刑法理论。如此，则设立北大刑法学博士文库初衷如愿矣。

《北京大学刑法学博士文库》编委会
1999年夏于北京大学

序

杨春洗

《保安处分与中国刑法发展》一书，系苗有水同志在其同名博士论文的基础上修订而成。

保安处分，作为一项刑法制度，被认为是现代西方刑法人道化的标志；作为一种刑事政策，又是各国刑事立法者、刑法学家们据以推进刑法科学化的重要基点。日本著名法学家牧野英一就曾指出，刑法发展的方向是从刑罚到保安处分。此说虽然有些激进，却反映了保安处分在现代刑法领域里的关键地位。

遗憾的是，保安处分理论在我国刑法学界长期以来没有得到应有的、充分的重视，学者们对于保安处分的理论和制度缺乏系统的、专门的研究。其中的原因是多方面的，撇开观念因素不谈，最重要的原因是：保安处分问题是刑法学中研究难度较大的课题。说它难，一是因为它涉及面广。保安处分从属于刑法学，但与犯罪学、刑事政策学、监狱学、刑事诉讼法学以及行政法学等都有密切的联系。二是因为它的复杂性和可争议性。保安处分理论从其产生的那一天起就受到了严厉的批判，其发展历程是一系列论战的过程。甚至到了我国新刑法典出台前夕，关于应否对我国现行法上的各种保安措施予以刑事立法化，以及如何刑事立法化，又成为我国刑法改革讨论中的热点和难点。

苗有水同志从 1994 年起在我的指导下攻读博士学位。在选

择保安处分问题作为他的博士论文课题时，由于上面提到的原因，我和他本人都曾经犹豫再三。1996年下半年，我国刑法改革研究进入高潮，中国法学会刑法学研究会是在四川省乐山市召开以刑法改革为主题的年会，苗有水提交了一篇题为《中国刑法改革的难题：保安处分之取舍》的论文（该文已收入高铭喧教授主编的《刑法修改研究文集》一书），获得了广泛的关注。这为他的学位论文写作增加了动力。此后，他在广泛收集资料的基础上，比较诸说，扬长避短，并凝思结想，终于成文。论文对保安处分作了追本溯源式的考察，触及了保安处分制度背后的观念根基，且就我国保安措施的现状及其刑事立法化问题提出了较为可行的建言。

毕业后，苗有水同志回到了司法实践工作岗位。他利用业余时间对论文稍为作了修订。其实，所谓修订，只是个别文字上的变动，论文保持了“原汁原味”。在论文即将付梓之际，他邀我写序。作为他的老师，我很乐意向立法、司法部门的同志们、刑法学界的同仁推荐这本书。希望它能对我国刑法理论的发展起推进作用。

是为序。

2000年12月

于北京大学

内 容 提 要

保安处分是以社会防卫为目的、代替或补充刑罚而适用的刑事制裁措施。保安处分有着深刻的思想基础。刑罚与保安处分关系的理论可以分为二元论和一元论。对于当今社会，二元论是可取的。保安处分的适用以违法行为为客观条件，以人身危险性为主观条件。

人身危险性包括再犯可能性和初犯可能性。人身危险性与社会危害性和主观恶性是不同的范畴。我国现行法上的保安措施是与保安处分相类似的刑事制裁措施或行政制裁措施。这些措施存在着不少问题，应对它们进行改革，并对其中一部分措施如劳动教养等实行刑事立法化后交由人民法院裁决。

关键词：保安处分 人身危险性 劳动教养 刑事立法化



作者简介

苗有水 男, 1966年9月出生, 浙江黄岩人。1988年毕业于杭州大学法律系, 获法学学士学位。后任浙江省黄岩市人民法院助理审判员、审判员。1993年获北京大学法学硕士学位。1994年考取北京大学法律学系刑法学专业博士研究生, 1997年7月获法学博士学位。1997年起在最高人民法院刑一庭、刑二庭工作。1999年8月至2000年7月就读于英国伦敦大学亚非学院, 获商法专业硕士学位。曾参加《刑法学全书》、《经济刑法教程》等多部学术著作的撰写, 并在《刑事法评论》、《中外法学》等文集或刊物上发表法学论文近二十篇。

Resume of Author

Miao Youshui, born in September, 1966, in Zhejiang Province, P.R. China. After having graduated with LL.B from Hangzhou University in 1988, he had started his legal profession in Huangyan People's Court, and was appointed successively as an Associate Judge and Judge. Miao got Ph.D. of Law from Peking University in 1997. From 1999 to 2000, he studied in the SOAS, University of London, and got a degree of MA in Law. Now Miao serves as a Judge in the Number 2 Criminal Division of Supreme Court of P.R. China.

☆保安处分与中国刑法发展☆

目 录

引 言	(1)
第一章 保安处分理论和立法的演进	(4)
第一节 保安处分产生的时代根源	(4)
一、保安处分产生的经济根源	(4)
二、保安处分产生的社会根源	(9)
三、新派教育刑论的肥沃土壤	(11)
第二节 保安处分的思想基础	(17)
一、保安处分的哲学基础：实证主义	(18)
二、保安处分的法哲学基础：社会法学派的思想	(26)
三、保安处分的刑事基础理论：社会防卫论和新社会防卫论	(32)
第三节 刑罚与保安处分关系的理论	(39)
一、刑罚与保安处分二元论	(40)
二、刑罚与保安处分一元论	(42)
三、一元论与二元论之争的启迪	(46)
第四节 保安处分立法发展简史	(49)
一、从罗马法到斯托斯草案	(49)
二、从斯托斯草案到二战时的保安处分	(51)
三、二战以后的保安处分及其发展趋势	(54)
四、国际监狱会议、国际刑法会议与保安处分	(56)

第二章 国外保安处分制度概观	(59)
第一节 保安处分的基本原则	(59)
一、处分法定原则	(59)
二、必要性原则	(62)
三、处分均衡原则	(63)
四、不定期原则	(64)
第二节 保安处分的适用条件	(66)
一、保安处分的共同适用条件	(66)
二、保安处分的特别适用条件	(70)
第三节 保安处分的适用对象	(70)
一、保安处分对人适用	(70)
二、保安处分对物适用	(75)
第四节 保安处分的分类	(76)
一、剥夺自由的保安处分	(77)
二、限制自由的保安处分	(83)
三、对物的保安处分	(90)
第三章 人身危险性研究	(93)
第一节 人身危险性的概念及立论基础	(93)
一、人身危险性的概念：再犯可能性及初犯可能性	(94)
二、人身危险性的立论基础	(97)
第二节 人身危险性与社会危害性、主观恶性的关系	(101)
一、人身危险性与社会危害性	(101)
二、人身危险性 with 主观恶性	(111)
第三节 人身危险性的现实表征	(117)
一、再犯可能性的表征	(119)
二、初犯可能性的表征	(135)

第四章 我国现行法上的保安措施述评	(140)
第一节 我国现行法上保安措施的种类和性质	(140)
一、我国保安措施的种类	(141)
二、我国保安措施的性质	(143)
第二节 剥夺人身自由的保安措施.....	(145)
一、劳动教养	(145)
二、收容教养	(155)
三、收容教育	(158)
四、强制禁戒	(159)
五、强制治疗	(161)
第三节 限制人身自由的保安措施.....	(164)
一、收容遣送	(164)
二、留场就业	(165)
第四节 其他保安措施	(167)
一、禁止驾驶	(167)
二、禁止从业	(168)
三、没收财物	(169)
第五节 我国现行法上保安措施的特色和存在的问题	(170)
一、我国保安措施的特色	(170)
二、我国保安措施存在的问题	(171)
第五章 我国保安处分刑事立法化	(174)
第一节 我国保安处分刑事立法化的理论根据	(174)
一、我国刑法上建立保安处分制度的观念阻力及其剖析	(174)
二、我国保安处分刑事立法化的必要性	(182)
三、我国保安处分刑事立法化的可行性	(185)
第二节 我国保安处分立法的宏观构想	(187)
一、我国保安处分立法的应循模式	(187)

二、我国保安处分的基本原则	(193)
三、我国保安处分制度应体现的特征	(194)
四、我国保安处分的适用对象、适用条件和程序	(195)
第三节 我国刑法上保安处分种类的具体设置	(197)
一、教养处分	(197)
二、强制医疗	(199)
三、强制禁戒	(200)
四、少年保护	(200)
五、保护观察	(202)
六、没收财物	(203)
七、善行保证	(203)
结 语	(204)
主要参考书目	(207)
后 记	(211)

Contents

Introduction	(1)
Chapter I The Development of the Theory and Legislation of Security Measures	(4)
Section 1 The cause to the coming into being of security measures from a times point of view	(4)
Section 2 The ideological basis of security measures	(17)
Section 3 The theory of the relationship between criminal penalties and security measures	(39)
Section 4 The brief history of the legislation of security measures	(49)
Chapter II An Overview of Foreign Systems of Security Measures	(59)
Section 1 The fundamental principles of security measures	(59)
Section 2 The applicable elements of security measures	(66)
Section 3 The applicable object of security measures	(70)
Section 4 The classification of security measures	(76)
Chapter III On Personal Danger	(93)
Section 1 The concept of personal danger and its theoretical basis	(93)

Section 2	The relationship between personal danger and social harmfulness, personal danger and subject evil	(101)
Section 3	The realistic characteristics of personal danger	(117)

Chapter IV Comments on the Security Measures Regulated by Existing Law of Our Country

(140)

Section 1	The types and nature of the security measures in the existing law of our country	(140)
Section 2	The security measures of depriving personal liberty	(145)
Section 3	The security measures of restraining personal liberty ...	(164)
Section 4	Other security measures	(167)
Section 5	The significance and problems of security measures in the existing law of our country	(170)

Chapter V The Criminal Legalization of the Security Measures of Our Country

(174)

Section 1	The theoretical reasoning of the criminal legalization of the security measures of our country	(174)
Section 2	The macroscopic planning of security measure legislation in our country	(187)
Section 3	The specific planning of security measure legislation in our country	(197)

Conclusion

(204)

Selected Reference Materials

(207)

Postscript

(211)

引 言

保安处分，是国家刑事法律和行政法规所规定的，对实施了危害行为的无责任能力人、限制责任能力人以及其他有相当人身危险性的人所采取的，代替或者补充刑罚而适用的，旨在消除行为者的危险状态、预防犯罪、保卫社会安全的各种治疗、矫正措施的总称。

保安处分理论在 18 世纪产生后得到迅速发展，并成为西方近现代刑法理论的重要课题，是新派刑法理论据以与旧派刑法理论抗争的前沿阵地。日本新派刑法学的代表、著名刑法学家牧野英一（1878—1970）博士就曾指出：“刑法进化的倾向，是由刑罚向保安处分发展”。“保安处分是现代刑法和刑事政策上最重要的问题”。^① 进入本世纪后，作为刑事政策和刑法制度的保安处分也猛然崛起，并在西方世界盛行不衰。随着时代的迈进，保安处分又从西方走向东方，且唐哉皇哉地步入前苏联、古巴等社会主义国家的刑法典。时至今日，保安处分在很大程度上被视为刑法人道化、科学化和现代化的标志。可见，保安处分无愧为近现

^① 牧野英一著：《刑法》（岩波全书）。转引自刘生荣《保安处分之利弊析》，载于《国外法学》1988 年第 6 期。