



法
刑
学
事

刑事法学博士文库
陈忠林◎总主编

慎刑论



包 雯◎著



中国检察出版社



刑事法学博士文库

陈忠林◎总主编

慎刑论



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

慎刑论/包雯著. —北京: 中国检察出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0161 - 5

I. 慎… II. 包… III. 刑罚—研究—中国 IV. D924. 134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 168957 号

慎 刑 论

包 雯 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68682164 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京画中画印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7. 625 印张 插页 4

字 数: 197 千字

版 次: 2009年10月第一版 2009年10月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0161 - 5

定 价: 22. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

总 序

四年前，当我校第一批刑法学博士毕业时，我就萌发了出版一套博士文库的想法。可是人懒事烦，一拖就是几年。去年借在重庆参观全国性书展的机会，我又与检察出版社谈起此事。他们不仅热情地表示支持，而且还建议将这个想法加以拓展和延伸。因为在刑事法学领域，目前还未出版过全国性的博士文丛，如果以文库为依托，尽可能汇集全国各地刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱学以及刑法史等方面的优秀博士论文，则不仅可以为相关学科的博士们提供一个展示自己成果的平台，同时也能为读者学习研究提供一种系统的参考。这是件有助于学术传承的好事啊，何乐而不为呢？于是，就有了《刑事法学博士文库》的问世。

按例，一套文库应该有一个总序。总序是文库的点睛之笔。这个“睛”该怎样点，委实有点为难生性拙于文的我。没有办法，无能点睛，就谈一点自己对刑事法学的看法吧。这些看法，不论作为参考的镜子，还是批判的靶子，我都奢望对认真的读者有所裨益。

“刑事法学”是一个复合名词。就词的结构而言，能将这门学科与其他学科完全区别开来的，就只有一个字：“刑”。从修辞学的角度考察，这个“刑”字，就应该是刑事法学特有的研究对象。如果仅从汉语中考察词源，这个“刑”字，我国古已有之。但是，中国传统法律文化中的这个“刑”，并不完全等同于这里所谈的“刑事法学”中的“刑”。因为在古代中国，“民刑不分，诸法合体”，“刑”与“法”在很多情况下是可以互换的两个同义词。这个“刑”字，没有区分刑事法和其他部门法的作用。即使在现代语言中，无论是英语中的“criminal law”，还是其他西方主要语言体系中与之相近的“strafrecht”，“diritto penale”等，也具有与汉语中的“刑事法”不一样的含义。汉语中的“刑事法”，仅仅是指与犯罪和刑罚直接相关的法律规范体系；而在西方语言中，“criminal law”等表述方式则兼有作为规范体系的“刑事法”和作为知识体系的“刑事法学”的意思。因此，就词源意义而言，真正以现代意义的“刑事法”为研究对象的知识体系——“刑事法学”（criminal law），应该是一个源自近代西方的概念。

在西方，“刑事法学”也是一个内涵与外延不断丰富和发展的概念。尚未进入成文法时代之前，由于人们对于刑罚在界定刑事法范围的作用尚无明确的认识，人们在刑事法学领域中关注的重点，还是如何认定作为事实的犯罪行为。当时的“刑事法”（criminal law），基本上是指如何处罚犯罪的刑事实体法，即狭义的刑法。刑事法学中“刑”字，这时还主要是“犯罪的”（criminal）意思。这就是当时的大陆法系和英美法系国家，都将刑法称为“犯罪法”（criminal law）的原因。

进入19世纪以后，世界上第一部近代意义的刑法典和刑事诉讼法典——1808年的《法国刑事诉讼法典》和1810年的《法国刑法典》相继颁布。制裁犯罪特有的措施——刑罚，开始在法律体系内部发挥界定刑法和其他部门法的作用。于是，“刑事法”中

的“刑”字，在英美法系国家和大陆法系国家开始分别具有“犯罪的”(criminal)和“刑罚的”(penal)双重形为二、实为一的意思。

刑法以认定犯罪和适用刑罚的标准为内容；刑事诉讼法以认定犯罪和适用刑罚的程序为内容；犯罪学应该以法律规定为犯罪和适用刑罚的行为产生的原因、类型和预防措施为研究对象；^①……是否以规定犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法与其他部门法的标准；是否以研究犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法学与其他法学的唯一标准。总之，一切不以犯罪或刑罚为核心内容的法律规范，就不可能成为刑事法律规范；一切不是为了正确解决犯罪和刑罚的问题，或者正确地解决由犯罪和刑罚而生的问题的知识，都不应该属于刑事法学特有的研究内容。

正如在哲学领域中的物质和精神这对基本的范畴一样，犯罪和刑罚这对作为刑事法学基础的范畴，不可能不是两个相互界定的概念：犯罪是刑罚处罚的行为，刑罚是处罚犯罪的措施。离开了惩罚犯罪的刑罚，人们就不可能将犯罪与其他危害行为的行为区别开来；^②离开了刑罚惩罚的犯罪，刑罚这个概念根本就不可能产生。尽管就事实发生的顺序而言，应该是先出现了犯罪——一种用非刑罚手段不可能解决的社会现象之后，人们才可能想到专门针对犯罪行为的处罚措施——刑罚。但是，后者一旦产生，是否应受刑罚处罚，就成了在形式上衡量一个行为是否构成犯罪的唯一标准。

① 笔者认为：离开了刑法学对犯罪本质的认识，不以国家规定（或者应该规定）为犯罪的行为的产生原因、类型和预防措施为研究对象，犯罪学的研究范围就不可能界定。其结果必然是，或是将“犯罪学”混同于“越轨行为学”，或是使“犯罪学”成为研究者个人随心所欲的对象。

② 无论是以“法益侵害性”，还是“（严重的）社会危害性”为犯罪本质特征，否认“应受刑罚惩罚性”是犯罪本质特征的观点，无疑都是将犯罪与其他危害行为的共性与犯罪的个性混为一谈。

与此同时，刑罚这个概念，在逻辑上也就成了一切刑事法学的基础；离开了刑罚的本质，刑事法学中的一切基本问题都不可能得到科学的解答。是否与（应该）适用刑罚（的行为）有关，是从内容上区分刑事法学和其他学科的唯一标准；如何保证国家正确地运用刑罚，是一切刑事法学研究最基本的归属。因此，正确地认识刑罚的本质，是确保刑事法学科学性的唯一途径。

什么是刑罚的本质？“刑罚是制裁犯罪的措施”，这个回答显然只是人们对刑罚的感性认识，而不是这个问题的最终答案。然而，“现象就是本质”。西方哲人黑格尔的这句似非而是的名言，应该是告诉我们：现象是事物本质的表现；我们只能够通过现象来了解本质；通过现象，我们也完全可以把握本质。怎样才能通过现象把握本质呢？东方哲人孔老夫子教给我们的方法是——“致知在格物”：要想获得新的知识，你就必须运用现有的知识来“格”（考察、分析）你所研究的对象。

谁在运用刑罚？刑罚制裁的对象（可能）是谁？当我们从这一角度对刑罚的主体和适用对象进行考察时，马上就会发现：刑罚不仅是一种制裁措施，更是一种特殊的社会关系。由于刑罚的一端是掌握刑罚权的国家，而另一端是因犯罪而受到刑罚处罚的“孤立的个人”，因此，刑罚是一种国家和公民个人之间的社会关系。

面对这个结论，不少人可能提出这样的疑问：行政处罚不也包含国家处罚公民个人的内容吗？行政处罚与刑罚所代表的社会关系有何根本区别？要获得这个“知”，我们就再“格”一下这两种措施在权力主体与权力内容方面的差异。

就处罚权的主体而言，行政规范的实现，主要依靠相关的国家行政机关履行相应的职能来保证。因此，行使行政处罚权的主体是国家行政机关。但是，任何一个刑法规范的实现，都必须由国家动用包括立法、行政（负责侦查的公安机关和负责执行的监狱机

关)、司法(负责职务犯罪侦查和起诉的检察机关和负责审判的法院)甚至国家武装力量(负责监狱警戒的武警)在内的全部强制性力量。国家为保证刑罚规范实现所动用的强制力量说明:与行政制裁不一样,国家刑罚权的主体不是行使国家某一部分职能的国家机关,而是作为整体的国家。

当我们从权力内容的角度考察时,我们可以看到,刑罚有两个区别于行政处罚的特点:(1)刑罚完全以剥夺公民最基本的权利(人身、财产、政治权利,甚至生命)为内容;(2)刑罚以完全剥夺公民最基本的权利为限度(终身监禁、没收全部财产、剥夺政治权利终身甚至死刑)。

刑罚和行政处罚在权力主体和权力内容方面的上述区别说明:行政处罚是代表国家履行行政职能的行政机关与公民个人之间的关系,而刑罚所代表的则是作为整体的国家和作为个人的公民最基本权利之间的关系。这一事实说明:刑事法,与其他部门法一样,同样是以一种特殊的社会关系,即作为整体的国家和作为个人的公民基本权利之间的关系,为自己特有的调整对象。

当我们了解了刑事法是以国家剥夺公民最基本的权利为内容后,一个更深沉的问题自然就摆在了我们面前:

自人类进入有国家统治的时代以来,几乎所有的国家都宣称保护其成员的利益是自己神圣的职责;近代以来,几乎所有的国家都宣称自己是人民的国家,是以维护公民权利、自由为根本宗旨的国家;自20世纪50年代,人权的观念逐渐成为了普世公认的价值,“国家尊重和保护人权”也逐渐成为现代法治的基础和世界各国承担的基本义务。可是,如果刑罚代表的是作为整体的国家和作为个人的公民的最基本权利之间的关系,刑罚运用这一事实实质上就意味着:国家是在动用自己的全部强制性力量,来剥夺一个作为“孤立的个人”的公民的最基本权利。那么,以保护其成员利益为

神圣职责，以维护公民权利、自由为根本宗旨，承担着“尊重和保护公民人权”义务的国家，为什么要动用自己的全部力量来剥夺一个公民最基本的权利呢？

当我们对刑罚的分析进行到这里时，我们就开始接触到了刑事法学的核心：国家剥夺一个公民基本人权的根据。而这个问题的答案，就是刑罚的本质。这既是全部刑事法学理论的价值基础，也是打开全部刑事法学秘密的钥匙。

国家为什么要剥夺一个公民的基本权利？严格地说，这是一个很难从正面回答的问题。要找到这个问题的答案，也许我们可以先从反面提出这样一个设想：对实施犯罪行为的人，国家可以不用刑罚吗？面对这个问题，历史上有不少伟大的理论家们从不同的立场，用不同的方法，给出了种种见仁见智的答案。但是，“天听自我民听，天视自我民视”，“民之所欲，天必从之”，任何时代的国家权力都必须以人民的认同为基础。“法生于义，义生于众适，众适合于人心”，只要我们承认现代国家应该是人民的国家，应该是以保护公民自由、维护公民人权为宗旨的国家，我们就应该撇开那些似是而非的理论家们的雄辩，从每一个普通人的内心来寻求这个问题的答案。

面对犯罪，国家可以不用刑罚吗？我想，任何具有基本常识和理智的人都会回答：No！人们为什么会有这样的答案呢？“王者之政，莫急于盗贼。”我们不妨以盗窃罪为例来回答一下这个问题。自人类进入私有社会以来，在任何时代、任何国家，盗窃都可能是最普遍的犯罪。解剖这只麻雀，应该具有普适的意义。

众所周知，盗窃行为的对象是公私财产。在现代法律制度中，财产关系，至少公民之间的财产关系，本来应是民法调整的范围。为什么一个公民侵犯另一个公民财产的盗窃行为，国家不是用处理平等主体之间关系的民事法律来解决，而要自己亲自出马，动用刑

罚来处置呢？按常识，这个问题的答案是显而易见的：盗窃是以秘密窃取为手段的犯罪，往往盗窃多次才可能被发现一次，加上绝大多数情况下实施盗窃的人都不具有赔偿能力等原因，如果仅仅运用赔偿损失、恢复原状等民事措施，对于盗窃者来说就不是一种制裁，而是一种奖赏。盗窃是一种从根本上威胁他人财产安全的行为，当国家对这种任何时代、任何国家都普遍存在的犯罪采取的是一种带有奖赏性质的措施时，我们很难想象，国家以保障财产为目的的那些法律制度还怎么可能运行。换言之，盗窃行为不仅是对公私财产的侵犯，更意味着对国家法律制度的根本威胁。这样，一个公民侵犯另一个公民的财产关系的盗窃行为，就开始转变为一个公民威胁国家法律制度的行为，公民个人之间的财产关系也就随之转变为公民个人与国家的财产法律制度之间的关系。盗窃行为如此，其他犯罪行为也同样如此。

法律是国家履行自己职能最基本的手段，法律制度是国家存在和正常运行的前提和基础。当一个公民的行为从根本上威胁到国家法律制度的运行时，国家自然会动用全部力量来剥夺该公民最基本的权利。因此，当我们注意到犯罪是公民个人对国家法律制度的威胁时，国家为什么要动用全部力量来剥夺作为“孤立的个人”的公民基本权利的理由就基本上清楚了。

保护国家法律制度的正常运用，可以从形式上解释历史上所有国家刑罚存在的根据。但是，从现代法治的角度考察，刑罚所剥夺的公民权利，都属于神圣不可侵犯的基本人权范畴。在“国家尊重和保障人权”已经写入我国《宪法》的今天，还必须从人权的角度进行考察，才可能真正说明刑罚的实质。

如果基本人权不可侵犯是一切国家权力的基本界限，那么国家为什么会动用全部强制性力量来剥夺一个公民的基本人权？普通民众为什么会认同对盗窃者处以刑罚，即便自己的亲友，甚至本人也

可能成为盗窃者，这是因为放任这种行为，自己的人权（财产权）就会受到威胁。正如联合国《世界人权宣言》第29条所规定的那样：“人人在行使他的权利和自由时，只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”因此，以保护全体公民人权为限度而被迫剥夺犯罪人的人权，是现代国家行使刑罚权的唯一根据，此亦即现代国家刑罚的本质。

“芝麻芝麻开门吧！”一旦我们了解了刑罚的本质，刑事法学的一切基本问题也就迎刃而解了。

首先，如果刑罚以维护全体公民人权而被迫剥夺限制作为个人的犯罪人的人权为内容，这就意味着以刑罚为制裁手段的刑事法，不仅是加强其他法律效力的制裁手段，而且是有着自己独立调整对象的部门法。与其他部门法一样，刑事法的调整对象是一种特殊的社会关系。这种社会关系在形式上表现为公民个人与国家的法律制度之间的关系，实质上以公民个人的基本人权与全体公民人权之间的关系为内容。无论是刑事法的任务、犯罪的本质或是刑罚的目的，都只有从这一点出发，才可能得到正确的说明。

其次，刑事法以全体公民的人权与公民个人的基本人权为调整对象，这里的全体公民的人权当然也包括犯罪人的人权，也是国家应该“尊重和保护”的内容。这一事实说明：刑罚只能是国家在两种都应该保护的權利之间所做的一种迫不得已的选择。无论是刑法中的罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道原则，还是刑事诉讼法、监狱法中的保护犯罪嫌疑人和服刑人的措施，都必须以“刑法（罚）不得已原则”为根据、为限度，才可能真正发挥刑事法保护包括犯罪人在内的全体公民基本人权的

作用。

最后，国家只能基于保护包括犯罪人在内的全体公民的人权而适用刑罚，这意味着尽可能减少刑事法的适用，才是国家适用刑事法的真正目的。如何通过不断丰富和发展全体公民的人权来减少犯罪，保证每一个人“对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”，就是犯罪学研究的基本内容。

必须交稿了，就此打住。有疑惑者，请联系：chen7749@yahoo.com.cn。

谢谢您对《刑事法学博士文库》的关注！

陈忠林

2008年8月6日

序

党的十六届四中全会提出要构建以人为本的社会主义和谐社会。《慎刑论》是在这样的大背景下写出的。以人为本就是对人的自身价值的充分肯定，肯定每个人的创造力；重视人的发展，给每个人以理解与关怀；尊重人的尊严、平等地对待每一个人，包括把犯罪人当人对待、对犯罪人的宽容与人道主义关怀。和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。和谐社会是民主法治社会，刑罚文明是法治社会的重要标志，这就更要审慎地适用刑罚这个武器。如何在当今社会既保证有效地打击犯罪，保护人权，保障社会秩序，又适度地对犯罪分子进行惩罚，体现对犯罪分子的人道与宽容，是一项十分艰巨的任务，研究这个课题更加具有理论意义和现实意义。

《慎刑论》一书从梳理国内外思想家的慎刑思想、慎刑理念入手，沿着对慎刑的两种含义展开（广义与狭义），着重讨论了慎刑与刑事政策的关系、慎刑与刑事法网的选择、慎刑与刑罚适

用以及慎刑与刑罚执行问题。该书融理论探索与实务辨析于一体，理论上指出慎刑应当是刑事政策的价值取向，是刑事法网选择的最高标准；实践上指出慎刑是刑罚适用的基本理念和执行中的指导思想。讨论了慎刑与各种刑事政策之间的关系，特别研究了慎刑与当前宽严相济刑事政策的关系；分析了各种类型的刑事法网结构，明确了我国犯罪圈的选择范围；提出刑罚适用中应该坚持慎重适用和适度适用的原则；在刑罚执行中提出了许多执行制度的改革见解。总之，该书不论从理论到实践都有自己独特的研究视角，得出了创新性结论。

该书结构严谨，资料翔实，论证充分，分析透彻，文笔流畅，文章通俗易懂，写作规范。展示了作者的学术风格和研究能力。虽然个别观点还有待商榷，个别地方写的尚不够深入，但瑕不掩瑜，该书仍不失为上乘之作，此书即将问世让我感到由衷的高兴。作为我的学生，包雯教授在近几年出版了几部不错的作品，值得肯定，我也为她取得的成就感到骄傲。期待着她在今后的教学科研工作中继续发扬“勤奋、严谨、求实、创新”的精神，创作更多、更好的作品。写此短序表示祝贺！

何秉松

2009年仲夏于北京静斋

目 录

总 序 / 1

序 / 1

引 言 / 1

第一章 慎刑的概念与目的 / 3

第一节 慎刑是对刑罚权的规制 / 3

一、慎刑的基本含义 / 3

二、慎刑是对刑罚权的规制 / 6

第二节 慎刑的根本目的是保护人权 / 9

一、“人权”是什么 / 10

二、慎刑的根本目的是保护人权 / 13

第三节 慎刑的思想基础 / 14

一、中庸的含义 / 15

二、刑罚人道主义 / 17

第四节 反酷刑、反重刑主义是慎刑的必然要求 / 22

一、反酷刑是慎刑的必然要求 / 22

二、反重刑主义是慎刑的必然要求 / 26

第五节 慎刑不等于轻刑主义 / 30

- 一、轻刑主义 / 31
- 二、轻刑化 / 31

第二章 我国慎刑思想的源流及国外慎刑理念 / 35

第一节 我国古代的慎刑思想 / 35

- 一、作为政治主张的慎刑思想萌芽 / 35
- 二、儒家法律思想与慎刑的发展 / 36
- 三、古代慎刑思想的实践 / 42

第二节 我国近现代慎刑思想 / 48

- 一、近代的慎刑思想 / 48
- 二、新中国的慎刑思想 / 51
- 三、当代学者的慎刑思想 / 54

第三节 国外慎刑理念 / 56

- 一、罪刑法定原则 / 56
- 二、刑法谦抑性原则 / 58
- 三、罪刑均衡原则 / 60
- 四、刑罚个别化原则 / 64
- 五、国内外慎刑比较 / 66

第三章 慎刑与刑事政策 / 68

第一节 慎刑与刑事政策的关系 / 68

- 一、慎刑与刑事政策的关系 / 68
- 二、如何树立慎刑的刑事政策观念 / 69

第二节 慎刑与贯彻宽严相济刑事政策 / 71

- 一、宽严相济刑事政策的含义 / 71

二、慎刑与贯彻宽严相济的刑事政策 / 76

第三节 慎刑与“严打”刑事政策 / 81

一、“严打”刑事政策 / 81

二、“严打”刑事政策不符合慎刑理念 / 84

第四节 慎刑与其他刑事政策 / 86

一、慎刑与刑罚世轻世重刑事政策 / 86

二、慎刑与“轻轻”“重重”刑事政策 / 88

第四章 慎刑与刑事法网 / 92

第一节 慎刑要求严而不厉的法网类型 / 92

一、法网的类型 / 92

二、慎刑要求严而不厉的法网类型 / 94

三、我国现行刑事法网评价 / 95

第二节 慎刑与犯罪圈的范围 / 101

一、慎刑与犯罪圈的确立原则 / 101

二、具体如何划定犯罪圈 / 103

第三节 慎刑与非犯罪化 / 104

一、非犯罪化的意义 / 104

二、我国关于非犯罪化的讨论 / 107

第五章 慎刑与刑罚适用 / 111

第一节 确定慎刑的刑罚适用原则 / 111

一、慎重适用刑罚原则 / 111

二、适度刑罚原则 / 117

第二节 建立慎刑的刑罚适用体系 / 121

一、我国刑罚体系的弊端 / 121