

刑法适用 总论

【下卷】

陈兴良/著

XINGFA SHIYONG ZONGLUN

《刑法适用总论》采取专题研究的形式，系统地梳理了刑法的基本理论问题。本书就每一专题而言，虽没有专著那么艰深，又不似教科书那么浅显，而是取专著与教科书两种体裁之长，深浅适宜，论述充分。本书是刑法修订以后，作者对其以往刑法理论研究成果的一次总清理，也是作者在注释刑法学上的一部力作。

法 律 出 版 社



刑法适用
总论

陈兴良/著

法律出版社

目
录

第一章 刑罚概说.....	1
第一节 刑罚的沿革.....	1
一、刑罚起源的一般规律	1
二、中国刑罚的历史发展	3
三、西方刑罚的历史发展.....	10
四、刑罚演变的共同趋势.....	16
第二节 刑罚的概念	18
一、刑罚权及其根据.....	19
二、刑罚的内在属性.....	22
三、刑罚的外在特征.....	25
第三节 刑罚的功能	27
一、剥夺功能.....	28
二、改造功能.....	30
三、感化功能.....	32
四、威慑功能.....	33
五、鉴别功能.....	35
六、补偿功能.....	37
七、安抚功能.....	37
八、鼓励功能.....	37

第四节	刑罚的目的	38
一、	中国历史上关于刑罚目的之学说	39
二、	西方历史上关于刑罚目的之学说	41
三、	我国刑法学界关于刑罚目的之学说	49
四、	刑罚目的二元论	53
第五节	刑罚的结构	67
一、	刑罚结构调整的刑事政策根据	67
二、	刑罚结构调整的发展规律	77
三、	刑罚结构调整的理论评价	87
第六节	刑事责任	95
一、	刑事责任的概念	95
二、	刑事责任的本质	104
三、	刑事责任的根据	109
四、	刑事责任的实现	118
五、	刑事责任的阶段	121
第二章	刑罚种类	127
第一节	生命刑	127
一、	生命刑的演进	127
二、	生命刑存废之争	130
三、	生命刑的比较	139
四、	生命刑的限制	143
五、	生命刑的刑法修订	155
六、	生命刑的复核	170
第二节	自由刑	175
一、	自由刑的演进	175
二、	自由刑优劣之争	180
三、	各国自由刑的比较	186

四、自由刑的改革	191
五、自由刑的修订	205
第三节 财产刑	208
一、财产刑的演进	208
二、财产刑存废之争	213
三、各国财产刑的比较	223
四、中国财产刑的改造	236
五、财产刑的修订	242
第四节 资格刑	246
一、资格刑的演进	246
二、资格刑存废之争	253
三、资格刑的比较	260
四、资格刑的完善	266
五、资格刑的刑法修订	273
第三章 刑罚裁量	276
第一节 量刑概述	276
一、量刑的变迁	276
二、量刑的特征	277
三、量刑的模式	279
第二节 量刑的原则	282
一、量刑原则的比较	283
二、量刑原则的考察	284
三、量刑原则的内容	287
第三节 各种刑罚的裁量	291
一、生命刑的裁量	291
二、自由刑的裁量	293
三、财产刑的裁量	296
四、资格刑的裁量	298

第四节 量刑的情节·····	300
一、量刑情节的概念·····	300
二、量刑情节的适用原则·····	305
三、量刑情节的具体适用·····	310
第五节 量刑的因素·····	313
一、犯罪人的分类·····	313
二、犯罪人的特性·····	316
三、犯罪人的表现·····	323
四、形势·····	325
五、犯罪率·····	331
六、民愤·····	334
第六节 量刑的方法·····	339
一、传统量刑方法的评估·····	339
二、科学量刑方法的评价·····	342
三、我国量刑方法的改革·····	345
第四章 刑罚执行·····	347
第一节 行刑的概述·····	347
一、行刑的变迁·····	347
二、行刑的特征·····	350
三、行刑的意义·····	355
第二节 行刑的原则·····	358
一、惩罚·····	358
二、改造·····	359
三、惩罚与改造的统一·····	360
第三节 生命刑的执行·····	361
一、死刑的立即执行·····	361
二、死刑的缓期执行·····	371
第四节 自由刑的执行·····	376

一、徒刑的执行	376
二、拘役的执行	385
三、管制的执行	386
四、自由刑执行中的问题	389
第五节 财产刑的执行	393
一、财产刑执行概述	393
二、罚金的执行	395
三、没收财产的执行	401
第六节 资格刑的执行	404
一、资格刑执行概述	404
二、剥夺政治权利的执行	406
三、驱逐出境的执行	408
第五章 累犯	409
第一节 累犯概述	409
一、累犯的沿革	409
二、累犯的比较	414
三、累犯的概念	418
第二节 普通累犯的条件	421
一、普通累犯的主观条件	421
二、普通累犯刑度条件	423
三、普通累犯的前提条件	425
四、普通累犯的时间条件	432
第三节 特殊累犯的条件	435
一、危害国家安全累犯	435
二、毒品累犯	436
第四节 累犯的认定	439
一、累犯与再犯	439
二、累犯与惯犯	441

三、累犯与前科	441
第五节 累犯的处罚	444
一、累犯的处罚根据	444
二、累犯的处罚原则	446
第六章 自首	451
第一节 自首的概述	451
一、自首的沿革	451
二、自首的比较	458
三、自首的概念	461
第二节 一般自首的条件	464
一、自动投案	466
二、如实供述	475
第三节 特殊自首的条件	479
一、适用对象的特殊性	480
二、适用条件的特殊性	483
第四节 自首的认定	488
一、共同犯罪的自首	488
二、数罪的自首	493
三、过失犯罪的自首	497
四、特别自首	498
第五节 自首的处罚	500
一、自首从宽的根据	500
二、自首从重的原则	502
三、自首处罚的立法规定	503
四、自首处罚的司法裁量	510
第七章 数罪并罚	514
第一节 数罪并罚概述	514
一、数罪并罚的沿革	514

二、数罪并罚的比较	520
三、数罪并罚的概念	525
第二节 数罪并罚的原则	530
一、数罪并罚原则的评析	530
二、数罪并罚原则的内音	532
第三节 数罪并罚的适用	547
一、普通数罪的并罚	547
二、发现漏罪的并罚	547
三、再犯新罪的并罚	552
第八章 缓刑	556
第一节 缓刑概述	556
一、缓刑的沿革	556
二、缓刑的比较	560
三、缓刑的概念	571
第二节 一般缓刑的条件	575
一、一般缓刑的对象条件	575
二、一般缓刑的实质条件	579
第三节 战时缓刑的条件	585
一、适用时间的特殊性	585
二、适用对象的特殊性	585
三、适用条件的特殊性	586
四、适用后果的特殊性	586
第四节 缓刑的适用	587
一、缓刑的考验期限	587
二、缓刑的考察	591
三、缓刑的撤销条件	595
第九章 减刑	597
第一节 减刑概述	597

一、减刑的沿革	597
二、减刑的比较	599
三、减刑的概念	602
第二节 减刑的条件	605
一、减刑的对象条件	606
二、减刑的实质条件	608
三、减刑的限度条件	624
第三节 减刑的适用	626
一、减刑的实体适用	627
二、减刑的程序适用	632
第十章 假释	638
第一节 假释概述	638
一、假释的沿革	638
二、假释的比较	642
三、假释的概念	652
第二节 假释的条件	655
一、假释的对象条件	656
二、假释的限制条件	658
三、假释的实质条件	665
第三节 假释的适用	668
一、假释权的归属	669
二、假释的程序	670
三、假释的考验期限	673
四、假释的考察	674
五、假释的撤销	678
六、假释的撤销程序	682
后记	685

第一章 刑罚概说

第一节 刑罚的沿革

刑罚是一种社会现象,同时也是一种历史现象。刑罚作为历史现象,它有一个孕育、产生和发展的历史演变过程。对于刑罚这一现象,也应进行这种历史的考察,以便正确地认识刑罚的性质。

一、刑罚起源的一般规律

刑罚作为阶级社会所特有的一种社会现象,它不是人类社会与生俱来的,而是随着原始社会公有制的解体,阶级斗争的激化而从复仇的习俗中蜕变而来的。因此,关于刑罚起源的一般规律,可以概括为以下三句话:孕育于公有制的解体,分娩于阶级的出现,脱胎于复仇的习俗。下面,我们根据历史唯物主义的观点,对刑罚起源的一般规律进行阐述。

(一)刑罚起源的经济基础

在原始社会,生产方式原始,生产力低下,人类起码的生存需要难以满足。在这种历史条件下,为了适应人类的生存,只能实行产品平均分配的原始公有制。在公有制的原始社会,不存在人与人之间的尔虞我诈,世代相传的习惯足以调整人与人之间的关系。因此,原始社会既没有国家,也没有法律,当然也就没有作为国家与法律的重要象征之一的刑罚。

随着生产工具的不断改进,原始社会的人们同大自然作斗争

的力量不断增强,生产力有所提高,尤其是三次社会大分工,使原始社会的经济关系发生了极大的变化。其中重要的变化之一,就是随着人类生存需要的满足,出现了剩余劳动产品。剩余劳动产品的出现,使建立在公有制的基础之上的平等和谐的原始社会趋于瓦解。私有制,以它血腥、贪婪、肮脏、赤裸裸的狰狞面目降临人世。由此开始,人类进入了一个更高的历史的发展阶段——阶级社会。刑罚作为私有制的产物,孕育在公有制解体的原始社会末期。

(二)刑罚起源的阶级基础

刑罚不仅是私有制的产物,而且是阶级斗争的工具。刑罚与阶级有着更为直接的联系。正是阶级的出现,为刑罚的分娩注入了催产剂。在这个意义上,我们可以毫不夸张地说阶级斗争是刑罚起源的直接动因。

在原始社会末期,随着剩余劳动产品的出现,围绕着对剩余产品的争夺,展开了激烈的斗争。原始社会氏族、部落的首领们凭借其地位,把公有财产占为己有,从而成为一个特殊的集团,最终形成剥削阶级。最初的剥削阶级与被剥削阶级是以奴隶主与奴隶的形式出现的。阶级的出现,加剧了原始社会的崩溃,而阶级之间的斗争则直接导致了刑罚的产生。

奴隶主阶级凭借着经济上的统治地位,在政治上也获得了垄断的权力。而奴隶阶级必然不甘心于他们经济上受剥削、政治上受压迫的这种被统治地位,而通过各种形式进行反抗。这种以反抗统治关系为特征的行为,统治阶级通过法律将其定为犯罪,并予以残酷的镇压。刑罚,就是以阶级镇压为其内容的法律手段。

(三)刑罚起源的社会基础

刑罚作为阶级斗争的工具不是统治者主观臆想出来的,而是脱胎于原始社会的复仇习俗。因此,刑罚的具体产生过程,实际上是一个从原始社会的复仇习俗向刑罚的进化过程。

复仇,是原始社会的重要习俗之一。在原始社会,为了弥补个

体自卫能力的不足,形成了以血缘为基础的人类社会的原始社会组织——氏族。以血缘为维系人与人之间的关系的天然纽带的氏族社会,凡伤害个人的,便是伤害了整个氏族。因而,从氏族的血亲关系中产生了为全体成员所绝对承认的血亲复仇的义务。正如恩格斯指出:“假使一个氏族成员被外族人杀害了,那末被害者的氏族必须实行血亲复仇。”^① 在氏族制度的初期,氏族成员遭到外族伤害,都被视为对该氏族成员所在氏族的凌辱,受害的氏族因而对加害的氏族实行集体杀戮。后来,随着私有制的发展,氏族制度逐渐瓦解,血缘关系日益松弛,复仇的对象由侵害者所在氏族的全体成员,缩小为侵害者本人;复仇的主体由被侵害者所在氏族的全体成员,缩小为被侵害者的家庭成员,血亲复仇演变为私人复仇。在这种情况下,氏族已经不能向个人提供保护,氏族终于走到了它的尽头,在氏族制度的废墟上建立了国家。国家区别于氏族组织的一个重要特征是公共权力的设立,刑罚权是这种公共权力的最主要的内容之一。显然,刑罚是从复仇蜕变而来的,恩格斯曾经以极其精辟的语言阐述了刑罚与复仇之间的内在联系,指出:“我们今日的死刑,只是这种复仇的文明形式。”^② 不仅死刑,而且所有刑罚都是复仇的文明形式。

二、中国刑罚的历史发展

中国历史上的刑罚,按照社会形态,可以分为奴隶社会的刑罚、封建社会的刑罚和半殖民地、半封建社会的刑罚。不同社会形态的刑罚制度,具有不同的特点,无不深深地打上阶级的烙印。然而,刑罚作为一种社会现象,又有其自身的发展规律。因此,我们在充分肯定中国刑罚的历史发展必须受到阶级制约的同时,根据刑

^① 参见:《马克思恩格斯选集》,第4卷,第83页。

^② 参见:《马克思恩格斯选集》,第4卷,第92页。

罚的进化过程,分为以下四个阶段加以论述:

(一)蒙昧时代

中国古代刑罚,正式出现于已进入阶级社会的夏商周三代。

夏朝是我国氏族制度解体以后形成的第一个奴隶制国家。据春秋时记载,夏启代伯益以后,曾将其统治区域划为九州,所谓“茫茫禹迹,划为九州,经户九道”^①,由此而将血缘统治改变为地域统治,正式建立了国家的行政管理区划。随着国家的产生,作为阶级专政工具的刑罚也应运而生。《左传》昭公六年记载:“夏有乱政,而用禹刑”。这里的乱政,是指奴隶反抗奴隶主的斗争。所谓禹刑,主要是指为平息乱政而制定的刑罚。夏朝的刑罚极为残酷,后人有所谓“夏后肉辟三千”之说,^②虽然不可全信,但至少也说明夏朝死刑之多。夏朝的刑罚带有强烈的集体责任的色彩,这是原始社会血亲复仇的遗俗。例如,夏启发兵攻伐有扈氏,大战之前,曾经颁布了一条以军令为形式的法律:“王曰嗟六事之人,予誓告汝,有扈氏威侮五行,怠弃三正,天用剿绝其命,今予惟恭行天之罚……用命赏于祖,弗用命戮于社,予则孥戮汝。”^③所谓孥戮就是除本人外,罪及其子,用作祭社的牺牲。

如果说夏是中国奴隶制国家的形成时期,商则是奴隶制国家确立的朝代。《左传》昭公六年记载:“商有乱政,而作汤刑。”商朝的刑罚,据典籍记载源于夏五刑而有所损益。《晋书·刑法志》指出:“夏后氏之王天下也,则王刑之属三千,殷周于夏,有所损益。”所谓五刑,指墨、劓、剕、宫、大辟。商代刑罚之残酷,从“弃灰于公道者断其手”这一“殷王法”^④可见一斑。商朝末代统治者纣王更是暴虐无

① 参见:《左传》宣公三年。

② 参见:《扬子法言》。

③ 参见:《尚书·甘誓》。

④ 参见:《韩非子·内储说上》。

道,《史记·殷本纪》云:纣乃重刑辟,有炮烙之法;醢九侯……并脯鄂侯;剖比干,观其心。这些残酷的刑罚,令人触目惊心。

周朝自武王灭商以后,发展成我国历史上著名强盛的奴隶制大国。周朝的统治者鉴于商末重辟激起人民的尖锐反抗,觉得一味镇压并不能维持其统治,因而提出所谓“明德慎罚”的原则,同时还肯定了刑罚要根据形势的变化而相应“世轻世重”^①。到周穆王时,司寇吕侯受命制定吕刑,形成比较完备的刑罚体系,确定了墨、劓、剕、宫、大辟五种刑罚方法。五刑之律共三千条,其中墨刑一千条,劓刑一千条,剕刑五百条,宫刑三百条,大辟二百条。

(二) 蜕变时代

公元前476年开始中国奴隶制瓦解,封建制全面确立。一直到公元618年隋朝统治的终结,前后一千多年,中国古代的刑罚经历了一个漫长的蜕变时期。春秋战国时期,奴隶社会的刑罚制度逐渐消亡,秦、汉尤其是汉文帝的废肉刑,使封建社会的刑罚制度逐渐形成与发展,及至隋代而基本定型。

春秋时期,中国开始一改过去“刑不可知,则威不可测”^②的传统,将刑罚铸之于鼎,这就是公布成文法的肇始。春秋时期社会的大变动,反映在刑罚上,一些政治家主张严明刑罚。例如郑国子产认为,只有严刑苛罚,才能使民望而畏之,故鲜死焉。^③春秋各国的法律,除援用西周的五刑之外,增加了烹、枭首、戮尸、辚、暗等酷刑。特别是秦国开始使用族刑,株连之法盛行。当时社会上由于受削足之刑的人大量增加,以至于“国之诸市,屣贱踊贵”。

战国时期,李悝在总结春秋各国立法经验的基础上,编纂了《法经》一书,在刑罚制度上,《法经》体现了重刑思想,例如,窥视官

① 参见:《尚书·吕刑》。

② 参见:《左传》昭公六年。

③ 参见:《左传》昭公二十年。

殿者截足,路上拾遗者断趾。见诸《法经》的刑罚种类有笞、诛、刖、髡、夷族、夷乡等。此外,死刑有车裂、剖腹、枭首、腰斩、抽胁、体解、镬烹等。这个时期的刑罚体系,给人的印象是十分杂乱,还没有建立起系统的刑罚体系。

秦朝的刑罚,在中国刑法史上,以残暴著称。系统的秦律已经失传,但我们还是可以通过睡虎地秦墓竹简考察当时的刑罚。根据云梦秦简,秦朝的刑罚可以分为12类:(1)死刑。秦简中的死刑有四种:第一,戮,指处死之前,先予刑辱,然后斩首。第二,弃市,指车之于市,与众弃之。第三,磔,指裂其肢体而杀之。第四,定杀,指抛入水中淹死或生理。秦朝的死刑,除上述秦简所载之外,见诸史籍的还有族、夷三族、枭首、车裂、腰斩、体解、凿颠、抽胁、镬烹、具五刑等。这些死刑中,有些是法定的常刑,有些则是法外滥刑。(2)肉刑。肉刑是人为地使人生理残疾的刑罚,秦朝的肉刑往往与徒刑结合使用,例如黥为城旦、劓为城旦等。秦朝的肉刑主要有以下四种:第一,黥,又称墨,指在犯人脸上刻字,它可以作为主刑单独使用,也可以与其它刑罚结合使用,秦律一般是作为城旦的附加刑。第二,劓,指割鼻之刑,同黥刑一起作为徒刑的附加刑使用。第三,刖,指斩趾。第四,宫,又称腐刑,指男子去势,女子幽闭,是肉刑中最重的刑罚,乃“次死之刑”。(3)徒刑,主要有以下五种:第一,城旦舂,是最重的徒刑,附加肉刑为五岁刑;完城旦为四岁刑。第二,鬼薪白粲,指以取薪择米为内容的劳役之刑。第三,隶臣妾,指籍没犯人的家属或战俘,强制去官府土地、手工业作坊服劳役;或在官府服杂役。第四,司寇,一种劳役刑。第五,候,指发往边地充当斥侯。(4)笞刑,这是秦朝经常使用的一种刑罚。(5)耻辱刑,包括髡、耐、完刑,指髡去头发、两鬓及胡须,以耻辱之。(6)迁刑,是秦朝广泛使用的一种刑罚。秦朝的迁刑类似于后世的流刑,但又有所区别。迁刑指的是全家迁移,而流刑一般是针对犯人个人而言的。(7)货,指小罚以财自赎,属于财产刑的范畴,可以分为货甲、货盾、货布

等。(8)赎刑,在秦朝,各种刑罚都可以赎,因而赎刑种类繁多,从赎耐,一直到赎死,各有等级。根据赎的方式,又可分为金赎、货赎、役赎等。赎刑的实行,是刑罚适用上不平等的具体体现,因而形成“富者得生,贫者独死,是贫富异刑而法不一”^①的结果。(9)废,是一种资格刑,指废除、取消一定的职务或身份,适用于担任一定公职和王族成员等有官爵的犯人。(10)谇,指申斥责骂,相当于现代刑法中的训诫,适用于犯笞罪以下的官吏。(11)连坐,又称缘坐,指本无罪因他人犯罪牵连而入罪。秦律有同居连坐、什伍连坐等。史称:“商君之法,令民为什伍,而相心司连坐”。^②张晏解释说:“秦法,一人犯罪举家及邻伍坐之。”^③(12)收,又称籍没。综上所述,秦朝的刑罚名目繁多,手段残酷,反映了当时刑罚制度的剧烈变化。其中徒刑的出现,对于后世刑罚体系的发展具有深远影响,也是当时正在形成的封建生产关系的必然要求。

汉初,为了安定民心,生息休养,统治者采取了蠲除苛法严刑的一些措施。最初体现在汉高帝刘邦的约法三章,即:“杀人者死,伤人及盗抵罪。余悉除去秦法。”^④其后,汉惠帝、高后、文、景帝都继承了这一思想,尤其是汉文帝废肉刑之举,在历史上具有深远的意义。废除肉刑的起因是:齐大全令淳于公有罪当刑,系于长安狱,其小女缇萦上书愿以身为奴婢,以赎父罪,缇萦上书陈曰:“妾父为吏,齐中皆称其廉平;今坐法当刑,妾伤。夫死者不可复生,刑者不可复属;虽后欲改过自新,其道亡繇也。妾愿没入为奴婢,以赎父刑罪,使得自新。”文帝阅后,甚怜之,曰:“夫刑至断支体、刻肌肤,终身不息,何其之刑之痛而不德也,岂称为民父母之意哉!其除肉刑,

① 参见:《汉书·肖望之传》。

② 参见:《史记·商君列传》。

③ 参见:《史记·高祖本纪》集解。

④ 参见:《汉书·高帝纪》。