

刘旭东◎著

累犯制度研究

LEIFAN ZHIDU YANJIU



中国政法大學出版社

刘旭东◎著

累犯制度研究

LEIFAN ZHIDU YANJIU



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

累犯制度研究 / 刘旭东著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5620-4119-1

I. 累… II. 刘… III. 惯犯-刑罚-制度-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第258144号

书 名 累犯制度研究 LEIFAN ZHIDU YANJIU
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 7.875 印张 170 千字
版 本 2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4119-1/D·4079
定 价 24.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

Abstract

内容摘要

累犯制度是一种古老而又具时代性的制度，古今中外，累犯思想与累犯制度始终备受关注。在各个时代，各个国家和地区对累犯的规定不尽相同，有时甚至差异颇大，导致累犯制度成为法理上争议较多，实务上问题较大的制度，因此在学术上有必要对其进行深入研究。

本书以“累犯制度研究”为题，意图系统地探讨累犯问题。全书共分为五个部分：

第一章是累犯制度的概述。这一部分首先从犯罪学、刑事政策学和刑法学的视角对累犯的概念作了分析，指出本书所要探讨的累犯概念是指刑法学层面上的这一概念；其次，文章通过分析西方和中国累犯制度之沿革，揭示了累犯制度的历史发展规律；最后，这一部分探讨了累犯制度的类型，为后文作以铺垫。

第二章是现代累犯制度的比较考察。在这一部分中，文章充分运用了比较视角，通过对美国的“三振法案”、德国的“保安处分”制度，俄罗斯现行刑法的相关规定和我国台



湾地区“刑法”的修订以及我国立法变化与争论的分析，揭示出现代累犯制度发展趋势，并指出各国和地区之所以采取不同累犯制度，是由于刑罚思想、刑事政策以及刑罚处遇制度的不同而致。

第三章是累犯制度的正当性根据。这一部分从三个维度对累犯制度的正当性根据给予分析，本书认为，其现实根据是重新犯罪现象和民意；其刑事政策根据，在传统社会下是社会防卫论，在风险社会下可归结为风险管控论；其刑罚目的根据，可以用报应与预防二元论来解释。在本章末尾，提出了何为累犯从严处罚的根据这一重大问题。

第四章是累犯制度的核心概念。本书认为，只有人身危险性才是累犯从重处罚的依据，累犯制度的核心概念便是人身危险性。在概念上，本书认为，应当将人身危险性解释为再犯可能性，并需要明确其与社会危害性和主观恶性的边界。以人身危险性为核心建构的累犯制度的主张，也是行为人中心论的累犯制度的主张，其与行为中心论的累犯制度在概念、成立条件、处罚原则上均有不同，了解这一点，对于重构我国的累犯制度应当有所帮助。此外，人身危险性的征表以及评估，也是一个重要的问题，对这一问题的充分研究，有助于使人身危险性摆脱纯粹的主观主义的缺陷。

第五章是累犯制度的中国问题与立法完善。本部分分析了累犯制度的理论基础存在的弊端，主张以实现刑罚目的为导向完善我国累犯立法。主张从主观条件、主体条件、客体

条件三个方面重构累犯制度，在累犯制度中加入人格要素，在累犯认定方面，以折中立法为基础，将域外犯罪纳入累犯认定。关于累犯的处罚原则，本书赞同对累犯从重处罚原则进行修改，同时对累犯制度中的加重处罚必须严格对待，不主张引进西方国家所规定的并科制度、保安处分、不定期刑。本书主张对累犯从行刑理念社会化、行刑主体社会化、行刑场所社会化、行刑内容社会化方面着手推进累犯行刑社会化处遇。

目 录



内容摘要	I
------	---

引 言	1
-----	---

- 一、研究动机与目的 /1
- 二、研究重点与方法 /4
- 三、我国累犯制度研究现状 /8

第一章 累犯制度的概述	13
-------------	----

第一节 累犯概念之厘定 /13

- 一、累犯的概念 /13
- 二、本书的界定 /17
- 三、累犯概念与相关概念之辨析 /20

第二节 累犯制度之嬗变 /27

- 一、西方累犯制度沿革 /27
- 二、中国累犯制度沿革 /30

第三节 累犯制度之类型 /36

- 一、行为中心累犯制度和行为人中心累犯制度 /37
- 二、特别累犯制、普通累犯制和混合累犯制 /39

**第二章 现代累犯制度的比较考察**

43

第一节 美国的“三振法案”及其累犯制度的强化 /43

一、“三振法案”的颁行 /43

二、“三振法案”引发的争论 /46

三、累犯制度之强化 /49

第二节 德国的“保安处分”及其累犯制度的变异 /52

一、保安处分的基本理论 /52

二、作为保安处分内容的德国累犯制度 /57

第三节 俄罗斯刑法的修订及对累犯处罚的宽容化 /59

一、俄罗斯联邦的累犯制度概述 /60

二、累犯处理的宽容化 /64

第四节 我国台湾地区的“修法”与累犯制度的强化 /65

一、“三振法案”精神的引入与“修法” /65

二、刑事政策的调整与累犯制度的强化 /67

第五节 我国累犯制度的立法变化与争论 /68

一、新旧刑法对于累犯的立法变化 /68

二、处罚原则变化所引发的争论 /69

第六节 比较考察的结论 /71

一、刑罚思想的定位 /71

二、刑事政策的影响 /72

三、处遇制度的多元 /74

第三章 累犯制度的正当性根据

76

第一节 累犯制度的现实根据 /76

一、重新犯罪现象 /76

二、民意 /80

第二节 累犯制度的刑事政策根据 /85

一、刑事政策概述 /87

二、社会防卫论：传统社会的累犯刑事政策根据 /90

三、风险管控论：风险社会的累犯刑事政策根据 /92

第三节 累犯制度的刑罚目的根据 /95

一、刑罚目的论概述 /96

二、一元的报应论与一元的预防论在累犯制度上的
体现 /108

三、问题的提出：何为累犯从严处罚的根据 /115

第四章 累犯制度的核心概念

118

第一节 人身危险性的界定 /118

一、关于人身危险性概念的争议 /118

二、人身危险性与社会危害性的辨析 /123

三、人身危险性与主观恶性的辨析 /129

第二节 人身危险性：累犯从重处罚的依据 /134

一、只有人身危险性才是累犯从重处罚的依据 /135

二、需要补充说明的问题 /137

第三节 以人身危险性为核心建构累犯制度的主张 /138

一、累犯概念 /139

二、累犯的成立条件 /139

三、累犯的处罚原则 /143

第四节 人身危险性的征表与评估 /144

一、人身危险性的征表 /144



二、人身危险性的评估 /155

第五章 累犯制度的中国问题与立法完善 160

第一节 我国累犯制度的定位问题 /160

一、行为人中心累犯制度 /160

二、特殊预防之累犯制度 /162

第二节 我国累犯成立条件的完善 /164

一、主观条件的完善 /165

二、主体条件的完善 /170

三、客观条件的完善 /178

四、域外条件的完善 /191

五、“人身危险性”条款 /194

第三节 累犯处罚制度之检讨 /196

一、累犯处罚原则之检讨 /196

二、累犯与缓刑、假释的适用 /204

第四节 累犯在行刑中的处遇和社会处遇 /207

一、行刑中的处遇和社会处遇的发展历程 /208

二、累犯行刑社会处遇的理论基础 /210

三、累犯行刑社会化的基本路径 /214

结 论 223

参考文献 227

引言

一、研究动机与目的

累犯是特殊的犯罪人类型之一，累犯从严处罚在古今中外的立法中均有踪迹可寻。^{〔1〕}在西方社会，累犯罪从重处罚的规定最早可追溯至古罗马法，且在中世纪的意大利刑法与德国的《卡洛林纳法典》中均可寻迹。^{〔2〕}近现代以来，无论是大陆法国家还是英美法国家均未摒弃累犯立法，相反现代西方国家在刑法中均已形成相对完备的累犯制度。我国亦是如此。新中国成立后首部刑法即确立累犯制度，1997年修订后的《刑法》亦对此给予规定。

值得注意的是，累犯制度尽管在各国刑事法制上被确立，但它作为一项刑罚制度历来在法理上有较大的争议。台湾学者苏俊雄即认为，“累犯制度源远流长，它是一项法理上争议相当多、法制上变化亦较大的制度。”^{〔3〕}概括各种争议，焦点集中在累犯从重的正当性与效用。累犯制度的批评者最

〔1〕 陈兴良：《刑法适用总论》（下卷），中国人民大学出版社2006年版，第375页。

〔2〕 参见许鹏飞：《比较刑法纲要》，商务印书馆1936年版，第200页。

〔3〕 苏俊雄：《刑法总论Ⅲ》，台湾大地印刷厂股份有限公司1998年版，第452页。



为深切的疑虑在于，一方面累犯从重是否与现代刑事法治理念相协调，其与“行为刑法”与“罪责原则”是否矛盾，另一方面，这在刑罚上是否作为一种重刑重罚的表现，与现代刑罚思想是否相抵牾。他们认为，就刑法原理而言，作为犯罪的法律效果的刑罚在执行完毕或被赦免之后即告终结，不应再以犯罪人的前科作为从重的理由。但在支持者看来，更多犯罪学研究证实，具有累犯倾向者，难以矫治，再犯率比一般犯罪人高，立法上以社会防卫为目的亦应保留累犯制度并将其严格化。从保留甚至严格化累犯制度国家的立法进程来看，这两种思考进路之不同所得之结论相互迥异。这是犯罪应对问题上的法律原则与社会现实需要的冲突，这作为一种悖论使法学研究者陷入两难的境地。但得必须承认，这无疑也为刑事法学研究者提供了契机。因为，一方面，“法学及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。”法学研究与现实生活有着最为密切的联系，法学的意义不仅是社会生活经验的简单反应，而应当具有超越的一面，其必须在价值层面以及理论分析上给予实证法以导引。另一方面，立法上的先进性并不等同法的有效性，现行法律如何与社会的各种固有观念、心态相适应，现行法律如何与社会中其他制度相配合协调，避免“法律与社会脱节！法律与文化脱节！”才是更应关注的。所以，笔者认为，累犯的制度研究不仅应停留在法规范的统一性方面，而应将其作为一种社会现象加以研究，在应对累犯的政策方面要兼顾刑法的法律原则与社会观点等多方面考虑。

亦须强调的是，承认存在即有合理性，但并等同于应无视其内在的缺陷与完善之空间。“法律像人类创建的大多数

制度一样,也存在某些弊端。”^{〔1〕}累犯制度作为一种刑罚制度具有一定的局限性,已成为现今各国的普遍共识。^{〔2〕}在我国,刑法理论界对累犯的关注始于1979年《刑法》颁布以后,1997年的刑法修订则促成了一定时期内的累犯研究热。这体现在:首先,对累犯的研究视角更加多元,更具深度;其次,诸如单位累犯、未成年人能否成立累犯等涉及立法上未予以明确的问题,引起学界的广泛关注,亦有相当多的研究成果;最后,理论研究开始关注司法实务中不断出现的各种疑难问题。但客观分析,受我国刑法学整体研究水平之影响,我们不难发现我国对累犯制度的研究仍有诸多问题,这包括:其一,与刑法学的其他研究课题相比,我国学者对累犯制度的关注程度相对较低,鲜有成名大家对其作出深入而系统的探讨;其二,重复研究现象相当严重;其三,对累犯制度所涉及的诸问题研究深浅不一,对一些基础性问题尚无定论。^{〔3〕}

笔者注意到,2011年2月25日颁布的《刑法修正案(八)》中,将《刑法》第65条第1款修改为:“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子,刑罚执行完毕或者赦免以后,在5年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是累犯,应当从重处罚,但是过失犯罪和不满18周岁的人犯罪的除外。”将《刑法》第66条修改为:“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子,在刑罚执

〔1〕〔美〕博登海默:《法理学:法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第388页。

〔2〕苏彩霞:《累犯制度比较研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第1页。

〔3〕林卫星编著:《累犯专题整理》,中国人民公安大学出版社2010年版,第52~54页。



行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述任一类罪的，都以累犯论处。”这一修订，一方面排除了过失累犯和未成年累犯，另一方面将恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪纳入到特别累犯范畴之中。这可视作我国刑法累犯制度又一次微调。以往争论较多的未成年人、过失犯是否能够成立累犯问题，在此次立法中得到明确，但仍有许多涉及更具意义的问题并未解决。另外，该修正案在缓刑制度中纳入了犯罪人“人身危险性”因素的考量。这就意味着，思考在累犯制度中是否应纳入“人身危险性”要素，如何围绕此项内容设计制度，是我国学界面临的一项任务。

二、研究重点与方法

时至今日，中国刑法学研究正面临重大的变革。我国刑法学研究正在逐步摆脱过去的、单一的注释性研究，而逐步地丰富研究范式，以提升学术研究的品质。这也就促成了一种视角上的多元与方法上的多元。诚如陈瑞华教授所言“法学研究中的几乎所有问题，在一定程度上都是研究方法问题”。本书亦充分关注研究视角与方法问题。

本书对累犯制度之研究，着眼于理论与现实两条路径。于理论上，笔者视累犯概念为研究的逻辑起点，在承认累犯为多学科、多意义之概念的前提下，以研究目的为指导给予界定，更进一步通过对刑法学理论发展的思考探讨累犯制度的理论基础和现实价值。而于现实上，一方面，笔者期待通过梳理法制代表国家近年累犯制度的总体变化而为我国相关制度发展有所裨益；另一方面，笔者同样重视来自理论界与实务界在累犯制度中的既存议题。概括而言，下述几种研究方法为本研究所使用。

语义与逻辑分析法。“语义分析，亦称语言分析，是通过分析语言的要素、结构、语源、语境，而澄清语义混乱、求得真知的一种逻辑实证方法。”^{〔1〕}法学领域中的语义分析法学，也称为新分析法学，是新分析实证主义法学派的一个分支，其在哲学方面的渊源即为分析哲学和符号学^{〔2〕}。在他们看来，法律与语言密切地关联着，“法的世界肇始于语言：法律是通过语词订立和公布的，法律行为和法律决定也都涉及言辞思考和公开的表述或辩论。法律语言与概念的运用，法律文本（Gesetzestext）与事相（Sachverhalt）关系的描述与诠释，立法者与司法者基于法律文本的相互沟通，法律语

〔1〕 张文显：“部门法哲学引论——属性和方法”，载《吉林大学社会科学学报》2006年第5期。

〔2〕 分析哲学兴起于20世纪初，其在西方，特别是英美，“是贯穿20世纪近百年的一大主流思潮”。（参见姚介厚：“回眸20世纪的分析哲学与相关的科学哲学”，载《国外社会科学》2001年第3期。）其在20世纪前半叶，以逻辑经验主义为代表，注重实证经验的逻辑与语言分析。之后，则逐步转向强调动态整体论，格局也开始向多元化转变。其在发展的早期，“语义分析哲学重视语言对哲学的影响，把哲学问题归结于语言问题。认为哲学上的混乱、争论、错误产生于语言的含混不清或对语言的误用、滥用，因而哲学的任务是对语言进行语义分析，揭示语言的确切含义和意义，指明语言的正确用法和规则，以消除哲学上的混乱……对语言的这种语意分析即使不是哲学研究的总目标，至少也是哲学研究的出发点。”（参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第79页。）德国哲学家弗雷格是分析哲学的先驱，他的数理逻辑及语言哲学思想为分析哲学的创立奠定了基础，至1905年罗素发表《论指称》一文标志分析哲学的正式形成。此外，G. E. 摩尔和L. 维特根斯坦也是其重要的代表人物。他们主张建立严格精确的“科学的”哲学，反对一切以思辨为基础的传统哲学。

符号学（Semiotics）则是一种关于符号的构成及符号变化规律的科学理论。系统建立符号学的是美国哲学家莫里斯，他认为符号学所研究的符号主要应是人类的语言，它应当研究三种类型的关系：符号与其对象的关系、符号与人的关系、符号之间的关系，研究这三种类型的关系的学科则分别是语义学、语用学和句法学，符号学就是由这三个部分构成的一个整体。



境的判断等等，都离不开语言的分析。”^{〔1〕}确定研究的对象、框定研究的范围为研究的最初工作。因为累犯为具有跨学科性质的术语，多义性不可避免。在张文显教授看来，法学研究中的逻辑分析主要体现在四个层次上：法律概念与法律事实之间的逻辑关系；法律规则之间的逻辑关系；法律规则与法律原则之间的逻辑关系以及法律原则之间的逻辑关系。^{〔2〕}语义澄清的重点即是“如何准确地把握和理解概念”，而这则有赖于对概念给予准确地剖析。所以，笔者认为首先应当对概念本身进行认真细致地研究，以期清楚地厘定研究的对象，并且以此作为研究的基础和求教于同仁的语境出发点。

比较分析的方法。实际上，“大抵人类存活的地方，均会产生类似的生活问题或法律纷争，而人们秉其智慧解决类似纠纷，其解决手段通常亦大同小异，若存有差异，无非仅在于讲不讲道理或依不依法律而已。若前述假设尚属正确，则拥有相同或类似生活水平的社会及法律制度的国家，通过比较法的研究，相互吸取彼此法制的优点，克服处理问题的极限，不惟应当，且属当务之急。”^{〔3〕}比较，即以其他类似对象或者事物为参照，通过对比和兼并找出彼此的共性和差异，以便更准确和清晰地认识特定事物。“一切认识、知识均可

〔1〕 舒国滢：“战后德国法哲学的发展路向”，载《比较法研究》1995年第4期。

〔2〕 参见张文显主编：《法理学》（第3版），法律出版社2007年版，第23～24页。

〔3〕 林美惠：“侵权行为法上交易安全义务之研究”，台湾大学1999年博士学位论文，第2页。

溯源于比较”^{〔1〕}，比较研究的方法所涉及的层面和内容是有一定差异的。^{〔2〕}笔者在研究中，主要用来学习和介绍其他国家和地区累犯制度的理论与实践，为我国改革累犯制度提供可资借鉴的参考。笔者同样注意到，“由于立法通常与实验接近，所以比较立法应不仅仅是翻译各外国的立法例，模仿其条文的构成方式，还必须包括对其条文的时效性慎重追究，以利用外国的经验。”^{〔3〕}对于德国、美国、俄罗斯及我国台湾地区累犯及相关制度的慎重研究，笔者所重视的并非仅是不同制度模式所呈现出的法律技术，而更注意制度所处的社会情境及法律理念。笔者希望从比较的角度观察累犯制度历史流变与准确影响各国制度变迁的深层原因，并思考其在当代中国社会所可能面临的问题。

〔1〕 诺瓦利士语，出自《诺瓦利斯集》（第3卷）。转引自〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，“德文第二版序”，第1页。

〔2〕 茨威格特和克茨在《比较法总论》中认为，比较法包括宏观比较（makrover gleichung）、微观比较（Mikrover gleichung）。宏观比较研究的对象不是具体的各个问题及其解决方法，而是处理素材的一般方法、调解和裁决争议的程序，或者法律家从事法律工作时所使用的方法。微观比较研究的是各个法律制度或者法律问题，从而比较那些在不同的法律秩序中用以解决一定的具体问题或一定的利益冲突的规则。但是，宏观比较与微观比较之间的界限当然是不易分清的，而且人们也常常必须同时进行两种比较。另外，他们还谈到了叙述的比较法（Deskriptiver Rechtsvergleichung），但是这种纯粹的报告各种不同国家的法规，而不进行真正的比较的方法，在他们看来并不属于真正的比较法的范畴。他们认为“只有在探讨作为具体研究对象的问题的过程中进行特殊的比较考察时，才能够称之为真正的比较法。经验表明，比较法最好是这样进行：作者首先在各国的报告中说明外国法的主要资料，然后用这些资料作为研究的真正核心继续进行深入地比较，最后作为此种比较的结果，进行批判性的法律政策考察或者得出关于本国法律的解释的结论。”参见〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第6～9页。

〔3〕 〔日〕大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版，第73～75页。