

刑罚力度问题研究

——中国刑罚力度趋轻化之探讨

赖早兴 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

刑罚力度问题研究



——中国刑罚力度趋轻化之探讨

赖早兴 著

本研究得到了国家社会科学基金项目
(06FX021) 资助，特此鸣谢！



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑罚力度问题研究:中国刑罚力度趋轻化之探讨 /
赖早兴著. —北京:法律出版社,2014. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5949 - 5

I. ①刑… II. ①赖… III. ①刑罚—研究—中国
IV. ①D924. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 012724 号

©法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律职业教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/9.25 字数/267 千

版本/2014 年 3 月第 1 版

印次/2014 年 3 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995 重庆公司/023 - 65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5949 - 5

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪论 / 1

- 一、选题意图 / 1
- 二、研究现状 / 2
- 三、研究方法 / 3
- 四、创新之处 / 3

第一章 刑罚力度概述 / 5

第一节 “力度”与“刑罚力度”解读 / 5

- 一、“力度”解读 / 5
- 二、“刑罚力度”解读 / 6

第二节 影响刑罚力度的因素 / 10

- 一、刑罚观念的影响 / 10
- 二、刑事政策的影响 / 13
- 三、个案中特定因素的影响 / 15

第三节 确定刑罚力度的原则 / 16

- 一、谦抑原则 / 16

二、人道原则 / 19

三、适度原则 / 21

第四节 刑罚力度涉及的三个环节 / 24

一、刑罚力度的立法设计 / 24

二、刑罚力度的司法贯彻 / 25

三、刑罚力度的行刑实现 / 26

第二章 中西刑罚力度之启蒙 / 30

第一节 欧陆刑罚力度的启蒙 / 30

一、启蒙前夜：刑法的矮子和刑法学的侏儒 / 30

二、启蒙运动：关于刑罚力度的理性思考 / 35

三、启蒙的意义：开启刑罚力度理性之门 / 45

第二节 中国刑罚力度之启蒙 / 49

一、启蒙前夜：古代重刑观探析 / 49

二、启蒙体现：近代刑罚力度趋轻化 / 70

第三章 中国刑罚力度趋轻化及其背离 / 83

第一节 中国刑罚力度之趋轻化 / 83

一、刑事政策的转变 / 83

二、犯罪圈的确定与明确化 / 87

三、刑罚设置中力度的趋轻 / 89

四、刑罚裁量中力度的趋轻 / 92

五、刑罚执行中力度的趋轻 / 96

第二节 中国刑罚力度趋轻化之背离 / 97

一、立法中刑罚力度设计的问题 / 98

二、量刑中刑罚力度适用的问题 / 108

三、行刑中刑罚力度实现的问题 / 116

第四章 中国刑罚力度趋轻之立法完善 / 123

第一节 刑法调控范围的合理确定 / 123

一、关于刑事法网严密性的提法 / 123

二、刑法调控范围的基本立场 / 124

三、刑法调控范围的把握 / 127

四、我国刑法调控范围的紧缩 / 129

第二节 死刑赦免制度之完善——基于美国行政赦免制度的思考 / 136

一、美国死刑案件中行政赦免制度概略 / 136

二、我国死刑赦免制度的缺陷 / 143

三、我国赦免制度之完善：以美国行政赦免制度为参照 / 144

第三节 自由刑的立法完善 / 146

一、明确规定无期徒刑不适用于未成年人 / 146

二、有期徒刑的分等制 / 148

三、扩大拘役刑在刑法中的适用范围 / 158

第四节 财产刑的立法完善 / 158

一、规范没收财产刑的适用对象 / 158

二、完善罚金刑的适用方式与数额规定 / 159

第五节 刑罚后阶段的限制 / 161

一、“刑罚后阶段”之界定 / 161

二、感性预防：“刑罚后阶段”的设置 / 163

三、理性预防：“刑罚后阶段”的限制 / 166

第六节 刑法分则法定刑设置 / 170

一、罪等划分 / 170

二、删除绝大部分罪名的死刑规定 / 185

三、限制无期徒刑的适用对象 / 187

四、整体上减少法定刑中重自由刑的配置 / 188

五、减少没收财产刑的配置 / 189

六、扩大管制刑的适用范围 / 190

七、扩大过失犯罪中罚金刑的配置 / 190

第五章 中国刑罚力度趋轻之司法保障 / 192

第一节 提高司法人员业务素质 / 192

一、司法人员业务素质概说 / 192

二、司法人员业务素质提高的方式 / 201

第二节 排除案外因素对刑罚力度运用的不当影响 / 209

一、刑事政策不当影响的排除 / 209

二、民愤不当影响的排除 / 220

第三节 强化轻缓刑罚措施的适用 / 232

一、提高管制的适用率 / 232

二、提高缓刑的适用率 / 235

三、提高拘役的适用率 / 238

第四节 未成年人财产刑适用的限制 / 239

一、对未成年人限制适用罚金刑 / 239

二、对未成年人限制适用没收财产刑 / 240

第六章 中国刑罚力度趋轻之行刑贯彻 / 241

第一节 监狱劳动合理化 / 241

一、监狱劳动目的的合理定位 / 242

二、监狱劳动内容的合理分配 / 247

三、监狱劳动的合理变更 / 250

第二节 减刑、假释和监外执行的完善 / 253

一、扩大减刑的适用范围 / 253

二、提高假释的适用率 / 255

三、明确无期徒刑和死刑缓期执行罪犯的监外执行 / 257

第三节 罪犯权利的保障 / 257

- 一、罪犯婚姻权的保障 / 258
- 二、罪犯生育权的保障 / 259
- 三、罪犯劳动报酬权的保障 / 261

结语 / 267

参考文献 / 268

后记 / 287

绪 论

一、选题意图

刑罚是剥夺犯罪人权益的强制方法,其强度如何,体现出国家在社会治理中对刑罚的依赖程度。刑罚力度首先是一个理论论题,它属于刑罚学的范畴。现有刑法学和刑罚学著作中还没有“刑罚力度”这一词汇的使用,我国刑罚力度缺乏整体性的探讨,故刑罚力度在我国当前的刑法理论研究中尚未占有其应有的地位。但刑罚力度又不仅仅是一个纯理论论题。刑罚力度在刑法创制中的设定、在刑罚裁量中的运用和在刑罚执行中的贯彻,均是一个实践问题。从实践情况来看,作为刑罚力度子课题之一的死刑问题颇受关注,但对于上位概念的刑罚力度却没有得到足够的重视。对该问题的研究,有利于刑罚力度的科学设定和合理运用。

从国际社会刑罚力度发展趋势看,刑罚整体上从重刑化向轻缓化发展。这一方面是社会发展使不同种类权益对权益主体的重要程度发生了变化,在社会经济不发达或发展程度不高的社会,生存权是最重要的权益,自由权次之,财产权、资格权等权益更是处于重要性的后端。随着社会的发展和人们生活水平的提高,权益之间重要性的差异在减小;而且在生存权已得到保障的情况下,自由权、资格权等权益的重要性就凸显出来了。另一方面,随着人类

的认识水平和文明程度的提高,人们对权益有了新的认识,对犯罪行为发生的原因有了新的理解,刑事手段不是预防犯罪的最重要手段,更不是唯一的手段,利用过于严厉的刑事手段预防和打击犯罪的效果和科学性越来越受到质疑。在国际社会刑罚力度趋轻的形势下,我国刑事立法、罪刑裁量和行刑中是否已经顺应时代的潮流,存在什么样的问题,如何解决其中存在的问题,都是我们应当审慎思考和正确对待的问题。本研究正是从刑罚趋轻的视角研究我国刑罚力度问题。

二、研究现状

我国刑法学者对刑罚的研究起步较晚,20世纪80年代后期我国才有第一本《刑罚学》[邱兴隆教授、许章润教授所著的《刑罚学》(群众出版社1988年版)]的专著面世。该书的出版引发了学界对于刑罚学的研究兴趣,刑罚学的研究从此蔚然成风。随后,学者们出版了大量的刑罚学著作,发表了众多刑罚学论文。这些著作和论文中只有部分是涉及刑罚轻重的成果。例如,有学者从刑事政策的角度出发反思我国刑罚轻重问题,如游伟教授的《我国刑事法领域中的“重刑”问题——现状、成因及弊端分析》(《法律适用》2007年第3期)、陈兴良教授的《“刑罚世轻世重”是符合司法规律的用刑之道》(《中国司法》2008年第7期)、胡云腾教授的《深刻理解宽严相济刑事政策》(《法制日报》2010年8月11日版)均论及了刑罚轻重问题;有的学者从刑罚的基础理论角度论述刑罚轻重问题,如白建军教授的《罪刑均衡实证研究》(法律出版社2004年版)、张明楷教授的《加重构成与量刑规则的区分》(《清华法学》2011年第1期);有的学者从刑罚种类、刑罚裁量原则和制度等方面论述刑罚轻重问题,如赵秉志教授的《关于中国现阶段慎用死刑的思考》(《中国法学》2011年第6期)、周光权教授的《论量刑上的禁止不利评价原则》(《政治与法律》2013年第1期);还有学者从行刑制度方面论述刑罚轻重问题,如于志刚教授的《关于“刑

罚执行完毕”之内涵的思考》(《法学杂志》2009年第7期)、王志祥教授的《论行刑观念之更新》(《河南社会科学》2010年第4期)。这些研究丰富了刑罚理论,正确引导了刑事司法实践。

在已有研究中,论及刑罚力度问题的成果不多。在法制新闻报道中有的作者使用了“刑罚力度”的概念,但概念使用上存在误区。笔者认为,刑罚轻重是刑罚力度的重要内容,但刑罚的轻重无法完整地表达刑罚力度的内涵与外延,因为力度不仅仅指刑罚的轻重。从这个角度上看,刑罚力度的研究尚处于起步阶段。

三、研究方法

本书主要采取介绍、评述、比较分析和实证考察的研究方法。通过介绍,较为完整地展现古今中外思想家刑罚力度观念的全貌;通过评论,指出中西方思想家刑罚力度观念的进步性与局限性;通过比较分析,揭示中西刑罚力度轻重的异同,找出我国刑罚力度设置、实现上的差距;通过实证考察,揭示我国现行刑事立法、司法和刑罚执行中刑罚力度过于严厉的现实,并以此为基础,为实现刑罚力度的轻缓化提出具体的意见和建议。

四、创新之处

第一,首次明确了“刑罚力度”的概念,并分析了该概念的相关方面。以前的刑法学者虽然使用了“刑罚力度”的概念,但什么是“刑罚力度”,刑罚力度受哪些方面的影响,确定刑罚力度应当遵循什么样的原则、刑罚力度涉及哪些环节,这些问题从来没有学者进行过研究。“刑罚力度”的使用中也存在一些认识上的误区。本研究首先在定义“刑罚力度”的基础上,对上述问题进行了分析和解答。

第二,从刑事立法、刑罚裁量和刑事执行的立体视角对刑罚力度进行深入研究。以前的学者只是使用了“刑罚力度”的概念,但一般从平面视角理解刑罚力度问题。本研究以刑事法的制定为起点、以刑罚的执行后阶段为终点,对刑罚力度问题进行了立体、动

态研究。从研究成果的结构上看,本研究基本均衡地从刑事立法、裁量和行刑三个方面对刑罚力度作了较为深入的探讨。

第三,观点上突出刑罚力度的轻缓化。在刑事法的研究中,已有的关于“力度”的提法均是从加大打击力度的层面上使用,言下之意即现有的刑罚打击力度不够,应当加强。这种观念一方面体现了这些学者的感性思维,其呼吁满足了一般社会公众的愿望,但这种观点是非理性的。我国刑事政策也曾经一度要求从严打击犯罪,但实际效果并不理想。在刑罚整体上趋轻的国际背景下,强调刑罚轻缓,并考察立法、司法和行刑中存在的力度过重问题,具有重大的现实意义。因此,本研究结合刑罚力度轻缓化的趋势,重点考察、分析我国刑罚力度趋轻的体现及不足之处,提出完善意见。

第一章 刑罚力度概述

第一节 “力度”与“刑罚力度”解读

一、“力度”解读

力,是物理学名词,是指物质之间的相互作用。力的概念起源于气力,是人们在劳动中通过肌肉紧张的感觉而体会到的;现在已大为推广:凡能使物体获得加速度或者发生形变作用都称为力。^{〔1〕}力的作用一方面可以表现为物质的变化,另一方面可以表现为人感受上的变化。

力度,本是音乐学名词,指的是曲谱或音乐表演中音的强度。作曲家在乐谱上标有详细的力度标记,从最弱的到最强,通常可分为十几个层次,每一个层次的力度都是一个相对值。P 是弱的意思,P 的个数表示弱的程度。f 是强的意思,f 的个数表示强的程度。力度即力的强度,指用力的度即用力的层次,使出的力量大即力度大,使出的力量小即力度小。

现在力度问题已经不再是专属于音乐的名词了,“力度”一词已经广泛用于各个领域。例如,我们经常听说“进一步加大扶贫开

〔1〕 参见《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第462页。

发工作力度”、“保持查处腐败案件的力度”、“加大清欠工作力度，活化企业资金”。“力度”一词的大众化说明该词汇能够准确表达除音乐外某些方面力量的强弱。

力度是力量的强度。强度是指作用力以及某个量(如电场、电流、磁化、辐射或放射性)的强弱程度。从词源上看,强度是材料或物件受力时抵抗破坏的能力。材料的强度可用它的极限应力值(如屈服点、强度极限和持久极限等)来表示。^[1]在物理学方面,我们经常用屈服强度、抗拉强度、抗压强度、抗弯强度等名词概念。不过,强度现在也常被人用于除物理性能方面以外的其他方面。例如,人们常用“劳动强度”一词。

从上面的辨析可知,强度只是一个量词,可以指诸方面的强弱,而力度则将强度限制在力的方面,着重指的是力量的强度。

二、“刑罚力度”解读

(一)“刑罚力度”之界定

刑罚是由刑法中赋予“刑罚”名称、由法院判处并由特定机关执行的剥夺或限制犯罪人(自然人或单位)某些权益的处罚方法。由于刑罚的种类不同、刑罚剥夺和限制犯罪人权益多少与时间长短上也存在差异,刑罚也有一个使犯罪人权益被剥夺或限制的物质变化和犯罪人感受差异的问题,这就涉及刑罚的力度。

通常刑法学者是以“刑罚的轻重”来衡量刑罚力度的大小,这一概念能一定程度上表达刑罚剥夺或限制犯罪人权益的大小,因为“轻重”与“大小”都可以作为形容词对程度加以表达。我们在解读罪责刑相适应原则时经常将其表述为:重罪重罚、轻罪轻罚、罪刑相称、罚当其罪。这里对刑罚的衡量就是用的“轻”与“重”。但刑罚的力度与刑罚的轻重仍然存在着一定的差异。首先,刑罚的轻重侧重的是法定刑配置时刑种的选择和刑罚幅度的设置、司法

[1] 参见《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第1098页。

中刑种选用和刑罚幅度的适用,很少去考虑刑罚执行中刑罚力的强度问题,刑罚执行过程往往超于刑罚轻重考虑范围之外。《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这是刑法关于罪责刑相适应原则的表述,虽然该原则作为刑法的基本原则对刑事立法、刑事司法和刑事执法均有指导作用,但从法条表述上看,很难将刑罚的轻重与刑罚执行联系起来。而刑罚力度的一个重要方面是犯罪人对刑罚的感受程度,犯罪人对刑罚的感受在刑罚执行阶段更为直接,所以刑罚力度应当是从法定刑的配置、罪刑裁量和刑罚执行各个阶段着眼。其次,刑罚力度既然关及犯罪人对刑罚的感受,它就不纯粹是一个刑罚轻重的问题,还有一个刑罚设置合理性的问题,刑罚轻重只是刑罚合理性的一个方面。例如,我国刑罚体系中现在的资格刑只有剥夺政治权利和驱逐出境,其他剥夺行为人资格的方法(如吊销执照、许可证等)只是行政处罚措施,没有上升为刑罚方法,所以对于一些行政犯的惩罚就不得不在适用刑罚的同时施以行政处罚。^[1]很显然,这是刑罚力度不足的表现,与刑罚的轻重没有必然、直接的联系。总之,刑罚的力度是指刑罚力的强度,而刑罚力的强度并不仅仅指刑罚的轻重,刑罚的轻重是刑罚的重要部分,但也只是刑罚力度的一个方面。刑罚的力度一方面指刑罚对犯罪人权益的剥夺或限制的程度;另一方面是指犯罪人对刑罚剥夺或限制权益感受的强弱。一般而言,刑罚轻重的差异会导致犯罪人感受上的不同,但犯罪人的感受也不完全是由刑罚轻重决定的。

(二) 刑罚力度之特点

1. 刑罚力度设计的基础是与之对应的犯罪行为。通说认为犯罪—刑事责任—刑罚是刑法的主线,犯罪是刑事责任的基础,刑罚

[1] 参见董丽君:“论行政处罚与刑罚关系的处理”,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

是实现刑事责任的主要方式。所以，刑罚的运用是以犯罪的存在为前提的。刑罚力度虽然针对的是刑罚，但在探讨刑罚的力度时，应当有一个比对物，这个比对物首先是犯罪。也就是说，刑罚力度是刑罚在惩罚犯罪上的力度，这个力度我们经常以罪责刑相适应原则加以表达。

2. 刑罚力度的感受者是犯罪人和社会公众。首先，犯罪是犯罪人实施的，刑罚也是适用于犯罪人，所以刑罚力度的感受者首先是犯罪人本人。《刑法》第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”在立法者看来，刑罚轻重如果与犯罪行为及犯罪人应当承担的刑事责任相一致，犯罪人就会感受到刑罚力度的合理性；相反，如果刑罚的轻重与罪行、刑事责任不一致，犯罪人就会感受到刑罚力度不合理。

其次，犯罪行为是对社会关系（或法益）的侵害，社会关系的主体是社会公众，包括作为犯罪对象的被害人。我们在阐述刑罚的功能时，一般认为刑罚具有安抚功能。例如，有学者认为：“刑罚对被害人及其家属的功能实际上就是安抚功能，即通过对犯罪人给予刑罚处罚，一定程度上满足被害人及其家属惩罚犯罪人的强烈要求，平息他们因被侵害而产生的强烈报复情绪，抚慰他们内心的创伤，从而避免私力报复，防止酿成新的犯罪。”^{〔1〕}被害人及其家属是刑罚力度感受的重要主体，如果刑罚力度设计或运用不科学、不合理，刑罚的安抚功能就无法发挥。

另外，《刑事诉讼法》和最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》规定除涉及国家秘密、个人隐私和商业秘密的案件不公开审理的外，其他案件均应当公开审理，即使不公开审理的案件也应当公开宣判。这一规定方便了案外人参与法庭审理的旁听，一方面可以引入社会力量对司法的监督；另

〔1〕 赵秉志主编：《当代刑法学》，中国政法大学出版社2009年版，第321页。

一方面也可以让案外人在了解案情的基础上理解法律的适用(包括刑罚的运用),从而感受刑罚力度的强弱。因此,刑罚力度的科学性对于刑罚威慑功能、教育鼓励功能的发挥也具有重要意义。

3. 刑罚力度涉及法定刑设置、刑罚适用和刑罚执行各个环节。对于立法的重要性,马克思曾经有一段经典的表达,他说:“如果认为在立法偏私的情况下,可以有公正的法官,那简直是愚蠢而不切实际的幻想。既然法律是自私自利的,那么大公无私的判决还能有什么意义呢?”〔1〕法定刑的设置是刑事立法的重要内容,如果刑罚力度在法定刑的设置中存在不科学、不合理之处,那么刑罚力度的科学性就失去了前提。在法定刑设置科学合理的情况下,司法者可以结合案件的具体情况,适用合适的刑罚;行刑者可以在宣告刑的基础上结合犯罪人的表现,把握合理的刑罚力度。

4. 刑罚力度不仅仅是惩罚力度,也是保护力度。刑罚的本质是对犯罪人权益的剥夺或限制,但刑罚的存在并不仅仅是为了惩罚或打击犯罪人。《刑法》第1条规定:“为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,制定本法。”所以,刑法的目的并不只是强调惩罚一个方面,保护是刑法目的的重要内容,而且是根本的目的。既然刑法的目的包括保护权益的内容,那么刑罚力度的设计和运用也应当考虑权益保护的因素。不过,在现实中,社会更强调的是刑罚打击犯罪的刑罚力度,而对于保护的力度(特别是犯罪人权益保护的力度)重视不够。例如,《新京报》曾经以“酒后驾车拟立法加大刑罚力度”为题,报道了酒后驾车的治理问题,该报道称:“公安部昨日还透露,将配合开展立法调研,从法律层面加大对酒后驾驶行为的行政和刑事处罚力度”。〔2〕这里的加大刑罚力度就是仅从打击犯罪的角度着眼的。

〔1〕《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1958年版,第178页。

〔2〕李静睿:“酒后驾车拟立法加大刑罚力度”,载《新京报》2009年8月15日A03版。