



山东大学法学文丛

HEXIE YUJING ZHONG DE
XINGFA QINGHUANHUA YANJIU

和谐语境中的刑罚轻缓化研究



冯殿美等◎著

政法大学出版社

山东大学法学文丛

HEXIE YUJING ZHONG DE
XINGFA QINGHUANHUA YANJIU

和谐语境中的刑罚轻缓化研究



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

和谐语境中的刑罚轻缓化研究 / 冯殿美, 侯艳芳, 李震著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 5

ISBN 978-7-5620-3875-7

I. 和… II. ①冯…②侯…③李… III. 刑罚-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第035634号

- 书 名 和谐语境中的刑罚轻缓化研究
- 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 邮政编码100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com>(网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230mm 32开本 9.75印张 225千字
- 版 本 2011年4月第1版 2011年4月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3875-7/D·3835
- 定 价 28.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

秘书 张海燕

桑本谦 徐显明 黄世席 梁慧星 傅礼白

周长军 姜作利 柳忠卫 柳砚涛 秦伟

李道军 李霞 肖金明 范进学 林明

刘保玉 齐延平 孙新强 李永军 李道刚

于改之 毛映红 王丽萍 王德志 冯殿美

委员 (按姓氏笔画排序)

主编 齐延平

主任 徐显明

《山东大学法学文丛》编审委员会

总 序

学术既是探索未知领域之路途，个人品格之表达，也为兴国之利器，在中国现代社会转型的大背景下，恐怕尤为如此。毕竟，一百多年命运多舛的中国近代史，和国人谋求民族振兴、学术昌隆的梦想，是一个让当代学人任其如何潇洒和毅然也走不出的背景。

近代中国遭遇的是“三千年未有之大变局”。先有清廷大举洋务，推行实用科学，苦心孤诣造就“同治中兴”，然而甲午之败，让人不免慨叹国家之积贫积弱不只在于器物，也在制度和人心，对“百代尤行秦法制”之弊，认识日深，于是立宪制，开国会，倡共和，修律法。然而以中国之老大帝国，难有小国“船小易调头”之利，沉重的传统，也不易收获一转百转、立竿见影的效果，中国转型之艰，历时之久，似乎是国运使然。

然而我们在奋力前行。中国早已从一个传统的“文化共同体”转变为现代民族国家，她对秩序的需要，也愈来愈依赖于制度的力量。据此视角，新中国的六十年亦可一分为二：前三十年百废待兴、徘徊探索，后三十年踌躇满志、励精图治。其间法制的昌明与否，几乎也成为时代进步与否的风向标，法制兴隆则国泰民安，法制衰微则万马齐喑。下一个三十年将如何？中国恐怕要从谋求经济富强转入以构建现代法治文明为中心的历史阶段。即便以我们最可为之自豪的经济成就而论，当放权让利所能获致的功效愈来愈有限时，其继

续维持也需要以坚实的民主法制为保障,否则可能有功亏一篑的危险。

故而,下一个三十年我们将步入以确立、保障我们国家长治久安的宪政和法律体制为使命的时代。这个时代的生命,将以人权为灵魂,以法制为肌体,以民主为血脉。我们正处于这样一个历史的关头,它将历练我们的勇气,挑战我们的智慧。千里之行,始于足下,我们每个人都应尽心竭力为这个大背景涂写绚丽的色彩。

山东大学地处齐鲁文化之邦,文博史远,历久弥新,其法学教育也可谓源远流长。二十世纪二十年代的山东高等法律专科学校,是当时山东大学的六所学校之一。改革开放以来的山大学教育,始于一九八〇年代,先是初建法学专业和法律系,一九九四年后法律系转制为法学院,汇集精英学人,筚路蓝缕,影响日隆,现已跻身中国法学教育重镇之列。近三十年来,山大法学从以中国法律史研究见长,正逐渐展现出多个研究领域均衡发展、齐头并进的发展态势。

呈现在您面前的这本著作,是“山东大学法学文丛”的一种。这套丛书诞生于中国法学教育如火如荼的时代。它是一只眼望蓝天的雏鹰,正伸展着年轻而有力的翅膀;它是一棵茁壮生长的大树,奋力展现的是生命的力量。丛书精选山东大学中青年法律学人力作,以学术创新、理性平和、品质均衡为追求。所谓学术创新,即或对既存法律问题提出独到见解,或开拓前人未涉之领域,或提出新的理论命题;所谓理性平和,即融汇正义的激情于深思熟虑的笔墨之间,允执厥中,力戒以情绪代替判断;所谓品质均衡,即严格选目,宁缺毋滥,以学术价值为唯一遴选标准。我们期冀这套文丛展现山大学教育和研究的最新成果,不揣浅陋,以求教于

学界。

山大法学教育这棵茁壮成长的大树，是以著名法律史学家乔伟先生为代表的诸位创立者、众多在这里学习和工作过的人们的智慧和汗水浇灌出来的。乔老先生性情刚直，学通古今，垂范后学，令人感念有加。今“山东大学法学文丛”付梓之际，距先生驾鹤西去已二十二载，谓稚嫩，谓探索，皆表心怀，也以之告慰先生，并督促后继者自勉。

文丛自去年即已开始筹划，拟每年推出三五种，以期若干年后有集腋成裘之效，专业领域涵盖民商法、刑事法、宪法与行政法、诉讼法、国际法、中西法律史、法理学等学科门类。中国政法大学出版社关怀学术事业，不计物质得失，欣然惠允文丛出版，在此特致诚挚谢忱。

捷径往往是最长的弯路，善积跬步，方能行千里，学术的成长须从点滴开始，这是我们在编辑这套文丛时始终铭记的。

是为序。

徐显明

二〇〇九年夏于山东大学



总 序 I

第一章 刑罚轻缓化的理论界定与历史考察 1

第一节 刑罚轻缓化的理论界定 1

一、刑罚轻缓化的不同概念 1

二、本书的观点 2

第二节 刑罚轻缓化的历史考察 6

——刑罚轻缓化的理论发展及其对立法与司法的影响

一、刑罚轻缓化的理论发展 6

二、刑罚轻缓化理论对立法和司法的影响 39

第二章 刑罚轻缓化的当代比较研究 50

第一节 刑罚结构改革与趋势比较 50

一、刑罚结构整体发展趋势的比较 50

二、死刑改革的比较 55

三、身体刑与自由刑改革的比较 69

四、罚金刑的改革动向 77

五、社区矫正的发展 78

六、非刑罚化改革趋势 80

2 和谐语境中的刑罚轻缓化研究

第二节 刑罚裁量与执行制度的发展 82

- 一、恢复性司法的发展 82
- 二、刑罚执行中的犹豫制度 84
- 三、刑罚执行中的减刑制度 88
- 四、刑罚执行中的假释制度 89

第三章 刑罚轻缓化的理论根据 94

第一节 刑罚的人道性 95

- 一、刑罚人道性的含义 95
- 二、刑罚人道性的内容 102

第二节 刑罚的谦抑性 113

- 一、刑罚谦抑性的含义 113
- 二、刑罚谦抑性的内容 117

第三节 刑罚的有限性 125

- 一、刑罚功能的有限性 126
- 二、刑罚的副作用 129

第四章 刑罚轻缓化的价值分析：以和谐理念为视角 133

第一节 和谐的历史蕴含和价值内涵 133

- 一、和谐的历史蕴含 133
- 二、“和”的价值内涵 139

第二节 从和谐理念看刑罚轻缓化的必要性 144

- 一、维“和”与立“刑” 144
- 二、刑罚轻缓化的内在依据 149
- 三、刑罚轻缓化的价值解读 152

第三节 刑罚轻缓化的人权价值 158

- 一、人权的法律解读 158

- 二、刑罚轻缓化对于人权的周全保护 160
- 三、刑罚轻缓化与人权价值保障 162
- 四、人权保障与我国的刑罚轻缓化 168
- 第四节 刑罚轻缓化的效益价值 174
 - 一、刑罚的效益价值 174
 - 二、刑罚轻缓化的效益价值考量 179
 - 三、刑罚轻缓化的效益价值在我国当前的实现 182

第五章 我国现行刑罚制度评析 188

- 第一节 我国现行刑罚结构 188
 - 一、刑罚结构的概念 188
 - 二、我国刑罚结构评析 189
- 第二节 刑罚适用重刑化的实证分析 191
 - 一、刑罚适用重刑化的数据考查 192
 - 二、刑罚适用重刑化的司法体现 199
- 第三节 重刑刑罚制度原因分析 200
 - 一、重刑刑罚制度的弊端 200
 - 二、重刑刑罚制度的原因分析 203
- 第四节 我国刑罚轻缓化的可行性分析 208
 - 一、刑罚轻缓化否定论 208
 - 二、刑罚轻缓化肯定论 210
 - 三、本书的观点 212
- 第五节 我国刑罚轻缓化的限度 224
 - 一、社会平均价值观念和国情等因素的限制 224
 - 二、罪刑相适应原则的限制 228

第六章 刑罚轻缓化的路径选择 233

第一节 立法上刑罚结构趋轻化的改革 233

- 一、减少死刑，降低比例 236
- 二、削减最高刑为无期徒刑罪的数量 242
- 三、修改部分罪的法定刑，设置以短期自由刑为主导地位的刑罚结构 246
- 四、将罚金刑易为主刑，并引入罚金易科制 247
- 五、应增设有关的轻刑种类 250

第二节 刑罚裁量上的刑罚轻缓化 253

- 一、树立正确的犯罪观、刑法观和刑罚观 253
- 二、坚持刑法谦抑性和认真贯彻“两可”政策 255
- 三、认真贯彻宽严相济的刑事政策 256
- 四、用足用好法定及酌定从宽处罚情节 268
- 五、司法中坚持少杀，把死刑立即执行降低到最低限度 270

第三节 刑罚执行中的刑罚轻缓化 280

- 一、减刑适用中的轻缓化 281
- 二、假释适用中的轻缓化 283

第四节 程序上刑罚轻缓化之改革 289

- 一、起诉阶段相对扩大酌定不起诉的范围，积极推行“附条件不起诉制度” 289
- 二、积极构建刑事和解制度，推进刑罚轻缓化进程 297

第一章

刑罚轻缓化的理论界定与历史考察

要探讨刑罚轻缓化问题，首先需要对刑罚轻缓化的概念加以界定。刑罚轻缓化，即轻刑化，是指刑罚在历史发展过程中，由野蛮向文明，由严酷向轻缓、向人道进化的一种趋势。刑罚轻缓化的理念源自古老的法谚：刑罚与其严酷不如缓和。其基本精神体现了刑罚谦抑的思想，即在刑事立法上，如果规定较轻的刑罚（缓和）即可，就没有必要规定较重的刑罚（严酷）；在刑事司法上，对于已经确定为犯罪的行为，如果适用较轻的刑罚（缓和）即可，便没有必要适用较重的刑罚（严酷）。^{〔1〕}

第一节 刑罚轻缓化的理论界定

一、刑罚轻缓化的不同概念

我国刑法学界对刑罚轻缓化进行了一些研究，对于刑罚轻缓化的概念有不同的看法，概括如下：

（一）广义说

该说认为，刑罚轻缓化是一个广义的概念，包括了非犯罪化与轻刑罚化两层含义。非犯罪化，是指立法机关或司法机关将一些对社会危害不大，没有必要予以刑事惩罚的但又被现实法律规定为犯罪的行为，通过立法不再作为犯罪或者通过司法

〔1〕 参见张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第277页。

不予认定为犯罪,从而对它们不再适用刑罚。〔1〕

(二) 中义说

该说认为,刑罚轻缓化,是指国家在刑事立法或者刑事审判过程中,对于符合刑法分则所规定的犯罪构成的行为,能动用较轻刑罚就能达到刑罚的最佳效果的,就绝不动用较重的刑罚。〔2〕还有论者指出,刑罚轻缓化是指国家在运用刑罚规制社会生活时,应当适当控制刑罚的适用范围和严酷程度,并力求以最小的刑罚成本达到最大的社会效果——少用或不用刑罚获得最大的社会效益,以求有效的预防和控制犯罪。〔3〕

(三) 狭义说

该说认为,刑罚轻缓化,是指通过立法降低一些犯罪的法定刑幅度,从而达到整个刑事制裁体系的缓和化。〔4〕还有论者认为,刑罚轻缓化实际表现为以相对较轻的刑罚对付和应付犯罪,以及倡导以尽可能轻的刑罚来惩罚和控制犯罪的刑事政策,具体表现为刑法体系中惩罚总量的降低,轻刑、缓刑、假释的广泛适用等。〔5〕

二、本书的观点

我们认为,广义说扩大了刑罚轻缓化的范围,刑罚轻缓化的前提,是某种行为本身已经构成犯罪,考虑的是刑罚适用时

〔1〕 参见赵秉志:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第323页。

〔2〕 参见王明星:《刑法谦抑精神研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第209页。

〔3〕 参见王明、康瑛:“刑罚轻缓化的正当根据及其实现”,载《人民司法》2003年第4期。

〔4〕 参见赵秉志:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第323页。

〔5〕 参见中国政法大学刑事法律研究中心、英国大使馆文化教育处主编:《中英量刑问题比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第100页。

是否动用刑罚或者适用刑罚轻重问题，而不是是否构成犯罪问题。而非犯罪化是把某种构成犯罪的行为除罪化，与之相应的刑罚也就自然不存在了，这已经超出了刑罚轻缓化的范围。所以，广义说是不可取的。而狭义说仅仅把刑罚轻缓化局限在立法层面或者司法的量刑层面，似有缩小刑罚轻缓化的范围之嫌，也不可取。所以，我们采中义说，从立法和司法两个角度来理解刑罚轻缓化——在刑事立法上建立轻刑化的刑罚结构，刑事司法上尽可能适用轻刑和非刑罚处理措施的刑罚改革趋势。具体而言，刑罚轻缓化的含义如下：

（一）刑罚轻缓化的前提是某行为已经构成犯罪

刑罚轻缓化的前提是某行为已经构成犯罪，即某行为符合刑法分则规定的某种犯罪的犯罪构成所有要件，需要动用刑法来处理。

其包含两层意思：其一，刑事立法者在立法时，需要根据立法必要性的原则把某种行为规定为犯罪，也就是说，某行为具有严重的社会危害性，运用其他部门法处理该行为已显不足时，才能把该行为规定为犯罪，交由刑法处理；其二，刑事法官根据刑法的规定确定某行为构成犯罪时，对犯罪人裁量刑罚时尽量不动用刑罚或者当非用刑罚不可时，尽量动用较轻的刑罚。“刑罚的完善总是——不言而喻，这是指在同样有效的情况下——随着刑罚的宽大程度一起并进。因为不仅各种宽大的刑罚本身是较少的弊端，它们也以最符合人的尊严的方式引导着人离开犯罪行为。因为它们在身体上引起的痛苦愈少，愈少一些恐怖，它们就愈是符合道德；与此相反，巨大的身体苦难在受难者本人身上减少耻辱感，在旁观者身上则减少厌恶感。”〔1〕

〔1〕 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第284页。

（二）刑罚轻缓化是与重刑化相对应的一个概念

刑罚的轻缓或者严厉在不同的历史阶段、不同的国家有不同的表现。在奴隶社会和封建社会，死刑、肉刑等刑罚在当时看来是普遍的、正常的刑罚；在今天看来，是何等残酷的刑罚，是令人无法忍受的；在经济高度发达、民主法治观念浓厚、文化较先进、治安状况良好的国家，终身监禁和长期自由刑被认为是残酷的、严厉的刑罚，属重刑罚；但在一些经济欠发达的国家或地区，并不把终身监禁和自由刑看做是残酷的刑罚；等等。

刑罚的轻重尽管在不同历史阶段、不同国家、不同地域有不同的理解，甚至每个人对刑罚的轻重都有相差悬殊的理解，但从整体来看，人们还是对刑罚的轻重有一个大致的价值判断的。通常认为：其一，从刑种来看，首先是死刑，死刑是最严重的刑罚，它以消灭犯罪人的肉体为目的，彻底消除了犯罪人的人身危险性，又称为极刑；其次是自由刑，终身监禁和长期自由刑是较重的刑罚，短期自由刑是较轻的刑罚；最后是资格刑和财产刑，一般认为是较轻的刑罚。其二，从执行方式来看，枪决、绞刑的死刑执行方式要重于注射的死刑执行方式，全封闭的自由刑执行方式要重于半开放和全开放的执行方式等。

（三）刑罚轻缓化是一个动态的过程

刑罚轻缓化是一个伴随刑罚的历史发展全过程的动态的过程。“刑罚趋轻是一个动态规律，它只有在历史发展过程中才能显示出来。”^{〔1〕} 人类文明是一个生生不息的进化发展过程，刑法作为一种社会法律制度，也是随着人类社会的发展而从野蛮到文明不断进化，而作为刑法之核心的刑罚也是从野蛮到文明、

〔1〕 储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社1997年版，第217页。

从落后到进步的发展过程。在长达数千年的刑法史中，刑法之进化的最明显的趋势就是刑罚的轻缓化。纵观历史，肉刑已经成为历史陈迹，死刑也正在逐步走向消亡，刑罚在人道主义精神的感召下走向轻缓化，这是一个历史的发展潮流。

（四）刑罚轻缓化从整体上看呈现由重到轻的发展趋势

刑罚轻缓化不是说在任何时代、任何条件下刑罚都越轻越好，并不意味着可以超越时代实行轻刑化，刑罚轻缓化在具体的历史时期是有限度的。因为刑罚是应当严酷还是轻缓取决于时代的平均价值观念、取决于国情、取决于本国人民群众的物质、精神生活水平。^{〔1〕}首先，刑罚轻缓化并不一概排斥重刑的适用，对于故意杀人、强奸、抢劫等严重危及人身安全的犯罪就目前状况下用刑不宜太轻，只有对这些犯罪处以重刑，才能有效地遏制和减少这些犯罪，才能逐步减少重刑的适用，这与刑罚轻缓化的趋势并不矛盾。其次，刑罚轻缓化不等于一味地从轻，刑罚是特定政治、经济、文化背景下社会价值观念的产物，刑罚的轻重取决于社会的平均价值观念。使犯罪人承受一定的痛苦是刑罚的内在属性，刑罚不可能过于宽容和仁慈。如果失去了必要的痛苦，刑罚就失去了存在的价值。没有“刑罚”，又谈何“轻缓”？最后，刑罚轻缓化不等于一律在法定刑的最低点适用刑罚，否则相对法定刑就失去了意义。刑罚的适用变得千篇一律，这与罪刑相适应原则相违背，即使刑罚整体趋轻，也存在罪刑相适应的问题。

所以，一个国家不同历史时期的刑罚体系、种类以及各种犯罪的法定刑，不是立法者随心所欲的创作，而是受该国家特定政治、经济、文化背景下的社会价值观念影响的产物，或者

〔1〕 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第372页。

说它至少不能背离这种价值观念的基准。

第二节 刑罚轻缓化的历史考察

——刑罚轻缓化的理论发展及其对立法与司法的影响

随着世界政治、经济和文化的发展，包括刑罚在内的刑法理论得到了长足发展。自欧洲启蒙运动以来，自由、博爱思想的深入人心，人们对刑罚轻缓化理论进行了深入的研究和探讨，启蒙思想家、刑事古典学派、刑事近代学派以及二战后的新社会防卫思想都对刑罚的轻缓化有过精彩的论述，推动了刑罚轻缓化理论的发展，对世界各国的刑罚制度产生了巨大的影响。历史上一一直处于霸主地位的死刑、肉刑等残酷的刑罚让位于自由刑等较轻缓的刑罚。二战以后，人们经过对战争的反思，痛定思痛，更加关注人权，特别是生命权，整个世界掀起了废除死刑的高潮，自由刑的中心地位也受到动摇，资格刑与财产刑等非监禁刑的地位凸显出来，大有代替自由刑之势。与此相适应，行刑社会化兴起，刑罚替代措施越来越受到人们的青睐。尽管在20世纪70年代西方国家遭遇犯罪高潮的冲击，刑罚虽有趋重的倾向，但是，从整体来看，刑罚轻缓化仍然是大势所趋。

一、刑罚轻缓化的理论发展

刑罚轻缓化思想并不是新近产生的事物，它虽然不是和刑罚同时产生，但其历史也相当久远。历史上许多思想家虽并未提出刑罚轻缓化这个概念，但是他们提出的许多观点中包含了刑罚轻缓化思想。从世界范围来看，从欧洲启蒙运动至今，许多思想家特别是刑事法学者提出的许多有关刑罚的观点都包含有刑罚轻缓化思想，反映出他们对人权保障的重视，对宽和刑罚的向往。