



Shanghai Zhengfa Xueyuan Xueshu Wenku

上海政法学院学术文库

刑事法学丛书

刑罚配置的 基础理论研究

蔡一军 · 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

上海政法学院学术文库 刑事法学丛书

刑罚配置的 基础理论研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑罚配置的基础理论研究/蔡一军著. —北京:
中国法制出版社, 2011. 1
(上海政法学院学术文库. 刑事法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2407 - 3

I. ①刑… II. ①蔡… III. ①刑罚 - 理论研究
IV. ①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 236867 号

策划编辑 冯雨春

责任编辑 张 婧

封面设计 李 宁

刑罚配置的基础理论研究

XINGFA PEIZHI DE JICHU LILUN YANJIU

著者/蔡一军

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2011 年 3 月第 1 版

印张/13 字数/168 千

2011 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2407 - 3

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66070046

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

作者简介

蔡一军，（1982 - ），男，江西乐平人，刑法学博士，上海政法学院讲师，上海市晨光学者，国家留学基金委公派法国里昂一大联合培养博士。主要研究领域为刑罚学、刑事政策学。

从事刑法学研究以来，先后主持、参与国内外研究课题6项，其中省部级以上课题3项，参编、参译著作2部。公开在《当代法学》、《法制与社会发展》、《广西社会科学》等刊物发表论文十余篇，其中有些论文为《人大报刊复印资料》、《新华文摘》等刊物全文转载或转摘。

上海政法学院学术文库”
编 审 委 员 会

主 任：金国华

副主任：闫 立 倪正茂

秘书长：何平立

委 员：（以姓氏笔画为序）

王明华	王 蔚	闫 立	刘 强
关保英	汤啸天	杨 寅	吴益民
何平立	张森年	金国华	倪正茂
章友德			

“上海政法学院学术文库”

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”，则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步，从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学的重要标志。因此，一个大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训，这既是学校办学理念集中体现，也是上政学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与自我价值实现，提供自由选择学习机会，努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进，而且积极提倡拓展学术创新空间，注重交叉学科、边缘学科的研究，致力于对富有挑战性的哲

学社会科学问题的思考与批判，探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版，不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点，而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云：“一代文章万古稀，山川赖尔亦增辉”；“惟有文章烂日星，气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版，不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色，而且将体现上海政法学院教师学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言，大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情，在科学背后有对真理的渴求，在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧，人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛，上政人的学术事业将从这里升华！

祝愿“上海政法学院学术文库”精神，薪火传承、代代相继！

上海政法学院院长 金国华

2006年9月10日于求实楼

说 明

“刑事法学丛书”是我院学术文库的一个重要种类，为了进一步丰富该丛书，我们将我院承担的上海高校第三期本科监狱学专业教育高地建设项目暨国家教育部第四期监狱学特色专业建设项目的部分成果列入丛书，这些成果是近年来对监狱学原理、实务等问题所作思考的一个较为系统的总结。

2008年12月，承蒙上海市教委的正确指导和资助，上海政法学院的监狱学专业被批准为“上海高校第三期本科监狱学专业教育高地”建设项目，并于2009年9月列为“国家教育部第四期监狱学特色专业”建设项目，立项后，上海政法学院领导给予了高度重视，从组织机构、人员配置、经费配套等方面进行了有力保障。教育高地建设暨特色专业建设执行组对该专业方向的发展进行了整体建设的规划，并得到了学院领导的认可上级有关部门的批准。为了提高教育高地建设暨特色专业的建设质量，我们把扩充、丰富“刑事法学丛书”的编纂作为一个重要抓手，本专业拟在建设期间出版学术专著7-8部。在选材上以监狱学、社区矫正等为主，在重视基础理论研究的同时，照顾到监狱工作实践中受社会关注的热点问题，通过“刑事法学丛书”的出版，为本市第三期监狱学专业教育高地暨国家教育部第四期监狱学特色专业建设的整体推进，达到预期目标起到应有的作用。

上海政法学院
上海高校第三期本科监狱学专业教育高地
暨国家教育部第四期监狱学特色专业
建设项目执行组
2010年3月

人生而不自由，而刑罚无非人类自缚于己的无痕枷锁，其带给人类以苦痛、伤痕及人格尊严之严酷践踏。自人性自我启蒙的光芒闪耀于历史星空之始，人类莫不在为实现自我解放而苦苦挣扎，刑罚自成人类社会变革之首要领域。然则，时至今日，刑罚之绳索未如理论所言之走向轻缓乃至消亡，却有因风险社会自我防御功能之张扬而呈现严厉性走强的趋势，刑罚适用如何能实现轻缓化的理论预期成为当下刑罚学理论所难以回避之问题。

——题记

目 录

绪 论	1
一、思考的起点：刑罚趋厉的内生性危机	2
二、视角的转换：刑罚危机的解析与反思	6
三、理论的尝试：刑罚配置理论的整体化重塑	12
第一章 刑罚配置的历史演进	19
第一节 同态相应的刑罚配置理论	19
一、同态相应理论的历史考据	20
二、同态相应理论的理性评价	23
第二节 罪责相应的刑罚配置理论	25
一、罪责相应理论的衍生历程	25
二、报应论的罪责相应理论形态	28
三、功利论的罪责相应理论形态	31
第三节 刑罚个别化的刑罚配置理论	33
一、个别化理论的发展脉络	33
二、复归模式的实践与式微	37
第四节 恢复性司法：刑罚配置理论的最新发展	40
一、恢复性司法的理论源起	40
二、恢复性司法的实践：以欧洲为视角的考察	47
三、恢复性司法的反思与启示	50
第二章 刑罚配置的目的抉择	54
第一节 刑罚配置的一元目的理论	55
一、刑罚报应目的之重塑	57
二、刑罚配置的基序相称	60

三、公正报应的弹性化折中	63
第二节 刑罚配置的多元目的理论	65
一、报应限制理论	66
二、预防限制理论	69
三、阶段区分理论	70
第三节 本文的立场抉择	73
一、刑罚配置目的之多元性要求	73
二、刑罚配置目的之同一性要求	78
三、刑罚配置目的之个别性要求	79
第三章 刑罚配置的基本原则	82
第一节 刑罚配置的人道性原则	82
一、人道性原则的理论基础	83
二、刑罚配置的人道性要求	85
第二节 刑罚配置的节俭性原则	90
一、节俭性原则的理论结构	90
二、刑种配置的节俭性审视	92
三、刑度配置的节俭性考量	95
第三节 刑罚配置的公正性原则	97
一、公正性原则的法理分析	97
二、刑罚配置的公正性制约	101
第四节 刑罚配置的正当性原则	104
一、刑罚哲学中的正当性命题	104
二、效益评价：现实需要的理论回应	109
三、冲突协调：刑罚价值本位的抉择	112
第四章 刑罚配置的静态实现	117
第一节 刑阶衔接：刑罚静态配置的基础	118
一、刑阶的划定与衔接	118
二、我国刑阶配置失衡之检讨	123
三、刑阶调整的未来方向	125

四、以经济犯罪为参照的刑阶考察	130
第二节 法定刑建构：刑罚静态配置的基本形式	135
一、基本法定刑幅度的确立	136
二、加重（减轻）法定刑幅度的形成	142
第三节 个罪解析：环境犯罪的刑罚静态配置	146
一、环境刑法立法模式的类型化解读	146
二、环境犯罪刑罚静态配置的比较考察	150
三、我国环境犯罪刑罚静态配置的调整与完善	153
第五章 刑罚配置的动态实现	156
第一节 裁量刑确定：刑罚动态配置的实现路径	157
一、本节之焦点论题	157
二、自由裁量权限制的制度比较	159
三、我国量刑制度的探索与完善	162
第二节 执行变更监督：刑罚动态配置的实现保障	165
一、执行变更监督制度运行的现实考察	165
二、执行变更监督的基本价值重构	168
三、执行变更监督的改革路径	171
结 语	174
参考文献	176
后 记	192

绪 论

在刑罚学理论中，所谓刑罚配置（Distribution of punishment）^{〔1〕}是指如何通过刑种与具体刑量的选择使刑罚与各类犯罪及具体犯罪人相对应的理论。千百年来，刑罚配置问题一直是困扰刑罚理论与实践的难题之一，原因在于犯罪是犯罪人对法益的侵害或是对规范的违反，而刑罚则是国家对犯罪人进行制裁的法律手段，二者存在着本质的差异，因此难以在二者之间进行直接的比较与衡量。同时，由于各学说在对刑罚目的（或者说正当性、合法性根据）的理解上存在较大的区别，要对犯罪与刑罚进行一般的抽象化进而实现二者在理论上的量化更是见仁见智的问题。正如奥古斯丁所认为的：“找到适宜的刑罚制度，让犯罪人接受的惩罚恰好与其犯罪相抵，不多也不少，这是一个多么深刻和疑难的问题！而且，我不晓得，在人们所操纵的刑罚的恐吓之下，大多数人是变得更好了，还是变得更坏了。那么什么样的惩罚才是正当的呢？因为常常发生的情形是：你若惩罚他，他会走向灭亡；你若放任他，别人又会遭他的毒手。”^{〔2〕}所以，刑罚配置问题一直是刑罚学的热点问题同时也是难点问题之一。有鉴于刑罚配置理论的重要性与实用性，国外涉及刑罚

〔1〕 在我国研究语境中有时也被译为“刑罚分配理论”或“配刑理论”，例如邱兴隆：《罪与罚讲演录》，中国检察出版社2000年版，第113页。

〔2〕 董淑君：《刑罚的要义》，人民出版社2004年版，第155页。

理论的著述往往都要专门开辟章节就此问题进行讨论和阐释。^[1]我国近年来也陆续在此方面进行了一定的研究。

就刑罚配置在刑罚学中的理论地位而言,一般认为,刑罚学的基础理论包括两个方面,即刑罚目的理论(Why punish)与刑罚配置理论(How to punish)。由于刑罚总是伴随着痛苦的施与或是对权利、自由的剥夺,因此,刑罚理论首先应对刑罚作为一种国家的“暴力秩序”而存在的目的进行阐释,而后在此基础上,再对具体如何实现罪与刑在量上的对应进行思考,即对刑罚配置的基础理论加以确立。哈特教授在对刑罚正当性命题所做的三层次区分^[2]中指出:应当区分刑罚的一般目的,刑罚所应处罚的主体,刑罚配置的程度等三个不同的子命题,^[3]其中,第一个子命题关乎刑罚作为一种政治秩序而存在及发动的合法性根据,而后两个子命题则关乎刑罚配置的承受主体与程度的问题。可见,刑罚配置理论与刑罚目的理论皆是刑罚学基础理论不可或缺的组成部分。而要研究刑罚配置理论,第一步就是要确立刑罚的目的取向,以构成刑罚配置理论的内核;反过来,刑罚目的也要通过刑罚配置理论得以实现。

一、思考的起点:刑罚趋厉的内生性危机

笔者选择刑罚配置问题进行研究,并非一种“为赋新词强说愁”的苍白努力,而是出于对当下世界刑罚适用趋厉化现实的理论回应。自20世纪70年代以来,伴随着“复归模式”的失败以及报应刑思潮的回归,西方主要国家的刑事政策陡然严厉,监禁刑的适用大幅度上升,并达到了近百年来的最高点。到现在,无论是各国政府还是理论界都承认目前监狱中

[1] See ERNEST VAN DEN HAGG, Punishing criminals: concerning a very old and painful question, New York: Basic Book inc Publishers, 1975. ANDREW VON HIRSCH, Doing justice: the choice of punishments. Report of committee for the study of incarceration, New York: HILL and Wang, 1976. PHILIP BEAN, Punishment: a philosophical and criminological inquiry, Oxford: Martin Roberson, 1981.

[2] 哈特教授的这一理论区分目前已广为西方刑罚学界所接受,并成为了西方刑罚理论研究的一般进路。MICHAEL CAVADINO, JAMES DIGNAN, The penal system: an introduction, 3rd edition, London: SAGE publications, 2002, pp. 33-61.

[3] HART H L A, Punishment and responsibility, Oxford: Oxford University Press, 1968, pp. 1-27.

监禁的犯人已经达到了一个十分危险的数量,而且还处于急剧上升的过程中。由于监禁刑的广泛适用而造成的监狱人口大幅度增加,逃狱与监狱暴动所造成的社会危机感和不稳定性的趋重,一时间刑罚“危机”(Crisis)与刑罚“过载”(Overload)便成为了西方刑罚理论研究中频频出现的关键词之一。^[1]

从表面上来看,刑罚危机源自于刑罚及刑事司法机制的危机,其主要体现在监狱系统的失序,这样的失序不仅导致了刑罚体系的危机,更使得整个刑事司法体系乃至社会处于一种危机之中。如果对失序的因素进行细化分析的话,笔者认为刑罚的危机至少有以下几个方面的表现:

第一,监禁人口的过度膨胀。无论是各国政府或是理论界都承认目前监狱中监禁的犯人已经达到了一个十分危险的数量,而且还处于急剧上升的过程中。尽管近些年来,由于恢复性司法的兴起和社区刑罚的替代作用,各国监狱的罪犯数量有了小幅的下降,但从整体上来看,仍不能从大局上扭转监禁刑大幅度且重幅度适用的局面。如1999年,欧洲许多国家的监禁率已经突破了近百年来的最高点,许多国家如葡萄牙达到了0.13%,而大多数西欧国家都达到了0.09%的监禁率。^[2]而美国监禁制度、强制判刑制度、三振出局法案、废除假释制度、梅根法案等一系列刑事处置法案的出台,更是说明其刑罚适用的严苛化发展趋势。

监禁人口近年来的大幅增长有若干方面的因素。首先,审判过程中法官对于自由刑的偏好导致法官对于罪犯的量刑往往过重。其次,政府的政策性影响。西方许多国家的政府自1990年以来都经历了一个由自由政府到保守政府的转向,而这样的政治转向导致在刑事政策上许多国家立足于社会保护的立场,期望通过发挥监禁刑的隔离效果达到其保障社会安全的目的。如此一来,监禁人口必然有一个大幅上升的过程。无疑,不断膨胀的监禁人口向未来刑事司法的发展提出了挑战,而如果这样的趋势不被扭

[1] PAUL RICHARD SCHUPP, *Legitimation crisis and penal severity: constructing a radical theoretical explanation of legitimation crisis and mass incarceration in the post world war II United States*, New York: UMI company, 2005, pp. 1-9.

[2] Michael Cavadino and James Dignan, "The penal system: the introduction", SAGE Publications Ltd, 2002, pp. 9-15.

转的话（事实上仍没有被扭转的迹象），接下来的数年中将会发生雪球效应式的增长。这种增长必然会造成监狱监舍不足，加之监狱人口分布的不均匀，高安全性的监狱往往由于关押的都是极度危险分子以及重要人物，所以经常不满员，而本地的监狱却挤满了许多且类型不同的罪犯，超编现象极为严重，这些因素都进一步恶化了监禁的环境。由于监狱人口的过度膨胀，监舍的超编使用，许多监狱的设施都不能满足全体监狱犯人的需要。从这个角度来说，监舍条件可能在相当一段时期内难以得到改善。

第二，监狱管理的人员不足。目前世界上许多国家的监狱都面临着严重的监狱管理人员不足问题，人事缺编十分严重。一方面是由于政府预算中对于监狱财政划拨的不够造成监狱管理人員工资水平较低，加之恶劣的工作条件，因此很难吸引人才就业；另外一个方面则是由于监狱管理人员培训的不足，缺少专门的高等学校，因此只能通过社会招聘，而如前文所言，监狱管理的职业着实缺乏吸引力，因此造成人员短缺的现象。当然，许多国家最近采取了一系列的措施来改善这一局面，如增加管理人员的工资、监狱运行私有化等，但由于实行力度及范围的限制，其仍未能从根本上增加人员。而人员的不足使得监狱条件进一步恶化，由于监管力量的不足，罪犯被更长地关押在自己的监舍中，户外活动的时间大幅度压缩，对于探访犯人的家属也不能充分满足其探访要求。也正由于监狱管理人员的不足，其往往超负荷工作，不能得到适当的休息，而这又反过来造成了其管理能力的不足。

第三，监狱安全性的缺乏。以往监狱的安全性缺乏是指监狱防范不力，越狱的现象很多，以致于对公众安全造成危害。但随着科技的发展，监狱防范措施的现代化使得近年来西方发达国家鲜有大规模越狱的现象发生。因此现在所谓的缺乏安全性是从另外一个意义上而言的，即对于监管犯人的控制能力的缺乏，如经常发生罪犯攻击监狱监管人员或同一监狱内其他犯人的情况。对此，监狱的管理人员常常会抱怨是监管人数不足造成了控制力的下降，才使得监狱内斗殴、暴动包括越狱的情况频频发生。而出于对安全性缺乏的恐惧，管理人员使得监狱内的物质条件进一步下降，其由于对罪犯缺乏信任，通常将罪犯 24 小时的关在监舍之中，使其无法享受自由活动的空间和时间。

第四，重刑罪犯的犯罪传染。尽管世界大多数国家都已废除了死刑，但每年仍有大量的罪犯被判处无期徒刑，这些罪犯并非都如一些媒体所言那样具有极高的主观恶性（如偶犯、激情犯等）。事实上，由于被判无期徒刑的罪犯往往不需要服刑至死，而只要在服刑一段时间后，由各国的假释委员会进行认定，如果其没有任何监狱违法行为尤其是参与暴动或越狱的情况下，一般均会准许其获得假释。但是，由于近年来国家刑事政策的趋严，许多罪犯在被判处无期徒刑时被附加上不准假释的刑罚处置，这样尽管可以有效地将这些罪犯隔离于社会之外，但站在监狱的立场而言，由于罪犯难以重返社会，也难以改变被监禁的命运，但也不可能被处以极刑，于是这些重刑罪犯就构成了监狱的暗势力，在他们的统治之下，监狱内的派斗、暴动、越狱时常发生，且呈现越演越烈之势。

可以看到，刑罚危机背后的因素如扭结在一起的绳索，是相互联系并相互滋生的。如监禁人口的膨胀就导致了监禁条件的恶劣，同时也给监狱的监管人员提出了挑战，而监管人员的不足又从反面使得监狱的安全性难以得到保障。以系统论的眼光来看，这些因素相互滋生，相互影响，并使得刑罚的危机不断恶化。当然，以上这些因素的阐释往往只有分类学上的意义，因为实践中往往很难区分出究竟是何种因素与何种因素作用造成了刑罚的危机。但是，当我们站在更为宏观和立体的角度来分析和看待上述问题的话，我们可以发现以上问题实际上都是刑事司法物质资源的危机。监狱的不足以及监狱管理人员的缺编是这种危机的最突出表现，而物质资源的危机却远不止于此。其不仅是指监狱资源的危机，更是指整个刑事司法系统物质资源的危机，同时也包括那些假释、社区刑罚执行以及监禁之后进行早释监督的机构所出现的物质资源的危机。这种危机有两种形式：一种是指由于监狱中犯罪人员过多所造成的监狱不足以及难以负担关押这些人员的高成本，另一种则是许多监狱管理人员的待遇急需提高的问题。物质资源的危机使得限制监狱的人数以及充分发挥社区的作用成为一种必要，但是，就目前形势来看，这些问题均在短期内难以得到改善。

如果说物质的危机使得刑罚的危机不断扩展，那么理论的危机则在根源上动摇了刑罚权力的合法性根基。相较于物质性危机，刑罚的理念性危机即刑罚的合法性危机的解决就更具深远的理论意义。自由刑的滥用、监