论拘役刑的存与废

邓又天　邓修明

拘役是指对罪行轻微的犯罪分子实行短期关押、劳动改造的一种惩罚方法。我国刑法规定，拘役期限是15日以上6个月以下，是一种短期的自由刑。拘役在我国现行刑法中存在已历时多年，发挥了一定作用。但是，拘役刑在我国刑罚体系中究竟有多大存在价值，我们通过对近年来拘役刑情况的调查发现，司法实践中此刑种已不是有效地惩罚犯罪、改造罪犯、保卫社会的有力工具。本文试对拘役的一些问题作如下探讨。

一、轨迹——历史的溯探与国外的发展

在我国古代，曾有类似于现今拘役的刑罚惩罚方法，剥夺犯罪人一定时期的自由，对之进行戒教。《周礼·秋官·大司寇》中写道："以圜土聚教罢民，凡害人者实之圜土而施职事焉，以明耻之。"至于秦汉的城旦、鬼薪等刑罚，有认为是属于剥夺自由刑之范围，这与现代剥夺自由性质的拘役有近似之处。1905年清末起草的《大清新刑律》在我国历史上第一次用立法形式规定了拘役这一刑种。民国时期便明确地规定了无期、有期和拘役这三种自由刑。1957年的《中华人民共和国国境卫生检疫条例》第7条和1952年的《中华人民共和国惩治贪污条例》第3条均分别规定了拘役，而且当时的刑法草案也写上了这一刑种。但是建国以来，对这一刑种一直存在不同的看法。1962年《安徽省高级人民法院关于能否判处拘役问题的请示意见》说："从我省过去的经验教训看，我们认为使用拘役是弊多利少。……因此，我们意见不宜再使用拘役这一刑种。"最高人民法院的复函是："我院同意你院对在审判工作中是否适用拘役这一刑罚所提出的意见。"有些人认为，我国刑法不应该规定拘役，主要理由如下：(1)拘役和有期徒刑一样，都是剥夺犯罪分子自由的刑罚，只是刑期长短不同，如果把有期徒刑的起刑点降低一些，就可以代替拘役了；(2)从审判实践来看，也不需要拘役这一刑种，因为还没有碰到非判拘役不可的犯罪分子；(3)拘役主要适用于人民内部轻微犯罪的分子，对这种矛盾本来可以依靠说服教育去解决，如果有了拘役，就可能动辄适用拘役，形成滥用，扩大打击面；(4)对判拘役的犯罪分子，要收监执行，这样容易扩大逮捕面，不利于执行少捕政策①。

在西方社会，拘役是随着十七、八世纪欧洲资产阶级革命而伴生的。资产阶级刑事古典学派基于报应主义提出"犯多重罪处多重刑"，建立了新的刑罚制度，出现了拘役这样的短期自由刑。最早的立法例当推1810年的《法国刑法典》。该法典规定了重罪、轻罪和违警

① 高铭暄主编：《新中国刑法研究综述》河南人民出版社1987年出版，第132页至133页。

罪，轻罪和违警罪可以处一日以上五天以下的短期自由刑。在此之后，1871年的《德国刑法典》和1908年的《日本刑法典》均有拘役等短期自由刑的规定。在18世纪和19世纪初资产阶级将短期自由刑的使用推上了顶峰，各国相继效法。但自19世纪起以龙勃罗梭为首的刑事人类学派和以李斯特为首的刑事社会学派向短期自由刑发动了一次次猛烈的进攻，在全世界掀起了一场经久不息的短期自由刑存废的论争浪潮。他们从犯罪之人的主观恶性出发，认为拘役这样的短期自由刑刑期太短，其实有害无益；在威慑方面难以起到一般预防的作用；从教育感化和服役改造看，也起不到特殊预防的作用，而且还会产生诸多消极影响。基于上述考虑，针对短期自由刑的流弊提出了限制的主张。在此之后，世界许多刑法学者对此进行了有益的探讨，并对国际刑法改革运动发生了深远的影响。1885年国际刑法和监狱会议上加罗法洛主张废止四个月以下自由刑。1905年海牙国际刑法及监狱会议的与会者均一致认为短期自由刑弊端太多。1950年第十二届国际刑法和监狱会议作出了短期自由刑替代制的决议。1966年联邦德国十四位刑法教师小组发表了《供选择的刑法典草案》，主张废除不满六个月的徒刑，因为比它更短的期限不可能达到改过从善的目的。联邦德国1975年的刑法改革运动大大限制了采用短期自由刑，1969年判处徒刑未满六个月的判决数字是13万2千件，而到1970年为5万6千件①，世界性刑法改革运动兴起后，许多国家已意识到拘役这样的短期自由刑的弊端，作了如下改革：(1)取消拘役规定，实行自由刑单一化。联邦德国1969年刑法第14条第1项将以往的重惩役、轻惩役、拘留等类刑罚单一化为无期徒刑和有期徒刑。法国1970年的刑法修正草案亦废止了重罪刑与轻罪拘禁刑的区别，而改采拘禁刑一种。(2)对拘役等短期自由刑实行非犯罪化。许多国家不再把刑法视为支配的日常使用的工具，而是把它看成只是在为了维护法律秩序不得已的情况下才采取的最后手段。他们往往把轻微犯罪转化为一般违反秩序的行为。在此情况下，不再适用刑罚，而是科处其它非刑罚处分。例如，1969年《波兰刑法典》对一些社会危害程度较轻的罪行，尤其是偶犯的行为，适用非剥夺自由的刑罚措施。(3)适当提高刑期。日本《修正刑法草案》的特点之一就是新加进了下列事项：即将“惩役”和“禁锢”的最低期限从一个月提高到三个月，拘役的最高期限提高到九十天(现行法规定为三十天)。(4)实行短刑犯开放性措施，大量使用缓刑和易科罚金。这种办法实际上是向限制自由刑的方向迈出了第一步。

总之，世界各国已经为克服短期自由刑特别是拘役的种种不良后果进行了不懈努力。据我们所知，世界各国刑法中规定拘役这一刑种的为数不多，只有意大利、日本、瑞士、南朝鲜等国。而多数国家如美、英、法、联邦德国、苏联、南斯拉夫、罗马尼亚、西班牙、奥地利等均没有拘役这一刑种。因而可以说短期自由刑的改革是不可逆转的世界潮流。

二、困惑——我国现阶段拘役的理论与实践

自1979年我国刑法规定拘役为主刑之一以来，一直存在着一些不可解决的问题，尤其是在司法实践中，这一短期自由刑也和世界各国的短期自由刑一样，弊病丛生，矛盾甚多，可以说拘役的实际效果在很大程度上违背了立法本意。

(一)拘役刑使用率极低

我国刑法规定罪名和刑种的条文有95条，而规定拘役的条文有68条之多，约占总数的

---

① 〔联邦德国〕约阿希姆·赫尔曼：《西德刑事制裁的法律理论》，北京政法学院编《外国刑法研究资料》第三辑78页。

72%，拘役应是一种重要而且运用广泛的刑罚方法。但是，根据各地的调查统计，近年来各级法院判处的青少年犯中，被判处5年以下的有期徒刑、拘役的约占70—80%，其中拘役适用十分稀少。据我们调查，某县1981年至1987年间被判处拘役的在该县每年判决有罪并处以刑罚的案犯总数中的百分比分别是：1981年占8.95%；1982年占6%；1983年占4%；1984年占5.42%；1985年占4%；1986年占1.93%；1987年占1.7%。从这组数字可以看出，刑法条文挂拘役条款的百分比与实际使用率相差极为悬殊。这并非是审判人员不使用拘役这一刑种，而是客观实践中罪该判拘役的为数甚少。而且从中还可以发现一个趋向，即拘役的使用比率逐年下降。虽然上列数字仅是从一个百多万人口的大县所得，但我们可以看到我国拘役使用的一般情况来。据我们所知，全国许多地、市、县的拘役使用率也与此相差不远。

(二)羁押期过长

我们对某县1981—1988年所有判处拘役的犯罪分子先行羁押的时间作了统计，发现由于拘役刑期短，羁押期过长，往往法院作出判决就得放人。该县1983年超期人数占73.3%。84年占61%，其余年分(81、82、85、86、87和88年)的拘役犯羁押全部超期。根据刑期折抵的规定，该县从1981年到1988年上半年(除83年和84年外)所有判处拘役的犯罪分子一旦法院作出判决就得获释。据该县法院同志介绍，1983年、1984年的拘役羁押期之所以稍短一些，是因为当时正在“严打”，强调从重从快，公、检、法三家进行联合办公，实行捕、诉、判三道程序一齐过。尔后分开办案，当然也就不可能有那样高的效率了。这并非是司法人员主观懒散所致，而是案件太多、案情复杂、条件不好、办案人员太少等诸多原因造成的。而且，这些犯罪分子在收容羁押期间，由于案件尚未判决，其心理状态是与判决后改造的心理颇不一样的。他们当中有的要么提心吊胆、心神不安，唯恐自己被重判或执法不公；更多的是考虑如何对付公、检、法的侦查、审讯，拼命想减轻或逃脱罪责，以免受处罚。这种情况下，犯罪者根本就没有心思去认识自己的犯罪恶习和社会危害性，进行自觉改造，如果判决就放人，当然无从谈改造问题；即使尚有一定刑期，由于所剩无几，犯人往往混过去；即使有的犯人想认真改造，由于所剩刑期太短，收效也不会大。可见，羁押期往往占去大部分甚至全部刑期，拘役刑怎能发挥刑罚的惩罚功能，尤其是教育功能呢！

(三)拘役刑期太短，教育改造收效甚微

(1)判处拘役的犯罪分子往往主观恶性不一

对于每个犯人来说，都有其不同的特性，不论是人生经历，还是精神境界、素质、能力、行为态度等所谓的“综合性人格”上也有不同，完全等质的犯人是不可能存在的。社会上普遍存在这样一种认识：判处拘役的犯罪分子，罪行轻，多系初犯、偶犯，因而主观恶性就小，反社会性不强，判处15天至6个月这样的刑期可以作到罪刑相适应，也可以收到教育改造犯人的功效。我们不敢苟同上述全部观点。诚然，初犯、偶犯能在一定程度上体现其主观恶性，但主观恶性却并非总是与犯罪次数成正比的。事实上，在判处拘役的犯罪分子中，有的所犯罪行并不重，可其深厚的恶习之养成已非一日之功。有的犯罪分子，往往在十分年幼的时候就开始干违法勾当，偷、拿、抢、骗、奸、淫等无所不能，这些人由于年龄小罪行轻而被收容、拘留了事；或者犯了罪，由于手段隐蔽而蒙混过关；在长期的违法犯罪生涯中形成了较强的犯罪意识，其强烈的主观危险性就与所犯罪行表里不一。通常这些人年纪轻轻，可已在违法犯罪的征程上奏响了三部曲：不良行为——违法行为——犯罪行为。所以，如果我们仅凭定罪判刑的次数来确定其主观恶性的大小适用拘役刑，是形而上学的作法。是不可

能达到我国刑罚的目的。

(2)刑期太短，教育改造无功

虽然劳改管教干部工作认真勤奋，兢兢业业，但多数情况下仍无法调动拘役犯的改造积极性，拘役执行的刑期十分短暂，即使数罪并罚也不过一年。那些违法犯罪经历多的“恶习深重犯”已数次经受入“宫”出“所”的“风风雨雨”，有了一套对付短期自由刑的经验，他们可以成天盼三餐，日日盼接待，出工不出力。至于“混刑求稳者”，他们对于政府的奖励政策不屑一顾，认为没有必要去争取，一来僧多粥少，二来刑期太短，用不着卖力积极改造，只要不出大错，得过且过，出狱日期便指日可待，当然，拘役犯中确不乏罪恶较小者，他们在管教干部的帮助下在一定程度上认识到了自己的罪行，但却在尚未牢固树立健康的人生观道德观时，刑期已满，教育改造就到此为止，甚至功亏一篑。

(四)拘役条件较差，犯人之间容易交叉感染

我国目前大多数县、市没有设置拘役所，只有大城市和部分中等城市专门设置有拘役所。没有拘役所的多数在看守所或附近的劳改队执行，这样就会产生如下后果：

(1)一般说来，看守所并不是象劳改、拘役专门机关那样专施改造教育已决犯的任务，这就容易导致一些看守人员思想松懈，不对拘役犯下苦功夫，认真进行教育，而是放任自流，等刑期一到就放人；而且看守所由于收容任务重，往往收容待审人员象走马灯似地与拘役犯同住，互相影响极大。

(2)由于我国目前监舍条件限制，对于看守所、劳改队、拘役所的大部分犯罪分子不可能做到分管分押，从而形成混居或混合编队。这就给不同的犯罪分子和待审人员提供了互相感染、互相传习的良机。

(3)看守所、劳改队、拘役所如没有严明的纪律、完善的制度，就可能给不同性质的拘役犯和待审人员交叉感染创造条件。审查或劳动后，就将他们关进监舍，不再过问。狱门一关，便成了这些人的天下，“牢头狱霸”滋生，俨然成了这里的主宰，他们不仅私设公堂，虐待偶犯，还互相追问案情和逞能，大肆散布毒素，以致发生互殴、以强凌弱、欺生等不良现象，大大加重了在押拘役犯的对立情绪和自暴自弃心理，从而导致教育改造拘役犯的流产。

(五)刑期太短，对一般抗拒改造行为无能为力

一般抗拒改造行为是指刑法没有明确规定治罪条款的行为，如在狱内屡犯监规监纪，影响很坏的；不服从管教，谩骂殴打干警等，这些犯罪分子由于拘役刑期短，往往无所顾忌，破坏监狱管理，对其他犯人的改造起了恶劣影响。

(六)重新犯罪率高

拘役刑由于上述问题的存在，从而失去了其应有作用，拘役犯的再犯率相当高。据某省少管所统计，该所1982年至1984年刑满释放后重新犯罪者中，短刑犯竟占98%①。一些恶习较深的拘役犯由于没有得到改造教育，往往怀着“胜败乃兵家常事”的不甘失败心理；抱着“狱内损失狱外补”的心理；抱着“今朝有酒今朝醉”的破罐子破摔心理，反而大肆进行犯罪破坏活动。就是那些初次犯罪主观恶性不深的拘役犯，也由于监禁的神秘面纱已经撩开，“坐牢”的滋味已经“尝过”，加上受到交叉感染，失学丢职等原因，很容易重新违法犯罪。因而在这种情况下将罪犯判处拘役投进监狱，损害了他们的健康，使其身心不能适应社会，反

① 《政法丛刊》1988年第2期，第53页。

而成为比以前更加亡命之徒。

(七)判处拘役，会给犯罪之人前途产生消极影响

被判处拘役也就是受了刑事处罚，虽然拘役的刑期不长，曾因犯罪而服刑的经历会对今后产生深远的不良影响：(1)犯罪分子一旦经法院判处拘役，有些单位就以其犯罪为由开除其公职或学籍；一旦服刑而归，也会受到歧视，找工作较为艰难。同样，他们升学、就业、婚恋等各方面不可避免地会遭到挫折。(2)一个家庭的子女、丈夫被判处拘役，通常会影响家庭声誉，受到社会歧视。(3)一些罪行轻微的拘役犯由于家庭困难，其被判处拘役后，就会失掉家庭大部分经济收入，影响家庭生活和子女的健康成长。总之，判处拘役造成的恶劣影响不可低估。

综上所述，拘役刑由于刑期短，作为一种刑事处分，既不可能收到惩罚威慑之功，也无法获得教育改造罪犯之效，反而造成众多恶劣后果。如果仅基于报应思想而给予这种犯罪的行为以一定的惩罚，是舍本逐末。因而我们认为拘役刑在我国刑罚体系中已徒具其表，实无其功，没有继续存在的必要。建议对这方面的犯罪处以劳动教养处分。

三、出路——易科劳动教养处分并大力推行劳教缓期执行制度

我们认为，拘役应当废止，以劳动教养一年替代，对于一贯表现尚好，没有劣迹的轻微罪犯和一些过失犯罪，应大力推行劳教缓期执行制度。这样作可以在较大程度上克服拘役刑的种种弊端。

但是，拘役是短期自由刑，而判处有期徒刑半年到一年者也是短期自由刑，为什么废止拘役，而不废止短期的有期徒刑呢？第一，国际上大多认为六个月以下的短期自由刑流弊最大。虽然我国对短期刑的具体划分意见尚不统一，但法律已明确将6个月以下的拘役与6个月以上到15年的有期徒刑划分开了。无论是外国，还是我国理论、实践和法律规定已都倾向于六个月以下拘役为短期自由刑。第二，拘役如上所述，使用率极低，与短刑期的有期徒刑相比，近乎于虚设。第三，拘役和短期有期徒刑毕竟是两种刑罚，在性质、刑期长短、执行场所上都有不同。而且实践中还经常发生一些过失犯罪、轻微犯罪，必须用较短的有期徒刑惩罚才能作到罪刑相适应。如果仅因短期自由刑的流弊就将全部短期自由刑废除掉，有期徒刑的起点就会很高。这既有失刑罚的严肃，也违背公平正义，因而此种作法不足取。至于如何补救短期有期徒刑的不足，那是如何完善的问题。

我们认为，易科劳动教养处分并大力推行劳教缓期执行有如下好处：

(一)可以作到罪刑相适应

劳动教养虽是一种教育改造的行政处分，但是不能否认该处分具有一定的严厉制裁性质：如果对上述拘役之罪不予任何处罚，或处以拘留等非常轻微的行政处分，这既不足以惩罚犯罪之人，又不足以对社会的不稳定分子产生一定的震慑作用及破除其侥幸心理，也不足以体现国家对这种犯罪行为的否定和谴责，如果处罚过重，一般公民情感上不能承受，社会效果也会不佳。而劳动教养不是刑事处罚而是行政处罚，兼具惩戒尤其是教育功能。对这些犯罪分子处以一年劳动教养，既没有轻纵犯人，也没有加重其罪责，是恰到好处。

(二)可以更好地实现改造教育目的

我们必须高度重视刑罚的价值与效益，寻求达到教育改造目的的最优途径。

虽然劳改和劳教方法殊异，但根本目的是一致的，即将罪犯和劳教人员改造为：1.拥护

社会主义的守法公民；2.社会主义建设的有用之材。对犯拘役之罪的实行劳动教养，教养时间长至一年，犯人也不致于来去匆匆，而有一定时间进行改造。同时对于一些主观恶性较深，表现不好的，还可以根据《公安部劳教试行办法》第58条的规定给予警告、记过、延长劳动教养期限等惩罚。这就从时间和质量两方面保证了劳教工作比拘役的规定更达到改造教育目的。

(三)这一改革符合世界刑罚轻刑化和非刑罚化大趋势

随着世界文明进程的加快，刑罚愈加"缓和"愈加"人道主义化"。许多国家正在致力于对一些轻微犯罪实行"非犯罪化"，力图在刑罚方法之外寻找医治犯罪这一社会病的良方(如罚款、剥夺驾驶权等)。总之，无论是纵向还是横向看，刑罚均是朝轻刑化和非刑罚化方向发展。我们如果对犯拘役之罪者易处劳教这样的行政处罚，将更有力地推进我国刑罚制度的民主化、文明化进程，符合世界大潮流。

(四)有利于调动犯人的改造积极性

对主观恶性较小的人员实行劳教缓期，被缓人员一方面感激党和政府政策的宽大，另一方面感到缓期劳教后，头上仍有一道紧箍咒压力大，约束力强；再加上其公职学籍等不会被开除，家庭生活有保障，无后顾之忧，以及家人的敦促，同事的希望，社会的帮助，这一切均更有利调动他们遵纪守法自我教育改造的积极性。同时，对于不认真改造者，处缓刑的可以解除缓刑重新执行劳动教养；执行劳动教养的，必要时可以给予一定的处分以至延长劳教期或留场就业。这样强大的外部压力也容易转化为他们自我改造的动力。

总之，拘役刑作为一种刑罚方法既不能起到惩罚犯罪警戒世人的作用，又不能改造教育犯罪分子。从价值观念出发，从社会效益出发，应以劳动教养处分取代之。我们写此文的初衷就在于希望刑法学界注意拘役这一刑种的诸多弊病，共同探讨救治良方。

(作者单位：西南政法学院)

责任编辑：王敏远