

# 犯罪控制的惩罚主义及其效果

樊文\*

---

**内容提要：**1979年以来我国刑事立法和司法忽视或遗忘了刑法的特征与内在价值，高估了刑法影响人的行为的可能性，刑法一直保持着在功能化方向上的惯性，刑罚结构和刑罚适用面临着重刑主义的突出问题。我国的犯罪控制存在着惩罚主义的结构特征，然而惩罚主义的意愿和努力，并没能有效遏制犯罪规模和犯罪的总体严重程度迅猛发展的势头。在刑事政策和刑罚体系的主导思想没有做出重大调整前，刑罚轻缓化的改革仍然任重道远。

**关键词：**惩罚主义 刑法功能化 刑罚结构 犯罪控制

---

关于怎样才能有效遏制迅猛增长的犯罪率，一些专家主张大力推行宽大量刑，而公众（特别是被害人）则主张加大对犯罪的刑罚力度。双方对自己的主张都有各自可靠的根据，而立法者无法确定哪个主张是最好的主张。刑事政策的制定者往往会迎合公众的直觉：处罚越严厉，犯罪就越少。如何看待决策者和公众的这种直觉，需要借助于惩罚〔1〕和犯罪这两个范畴在实证意义上的程度指标。

惩罚是指以与犯罪行为人的罪行相当的程度处罚行为人的倾向，或者说，不管为了预防、隔离，还是仅仅为使行为人遭受痛苦，以与行为人造成的损害相当的程度处罚行为人的倾向。〔2〕惩罚是给予刑罚处罚的意愿，它有各种表现形式（比如公众对刑罚的心态：支持或者反对死刑；要求加重刑罚的呼声）。本文主要关注的是法律上的惩罚。一个国家的刑罚处罚范围越大，被处罚的行为人越多，监禁比重越高，处刑越是严厉，惩罚倾向就越突出。惩罚取决于一个国家的犯罪控制对刑罚处罚和严厉刑种的倚重程度。

我国的犯罪控制是否存在惩罚主义？惩罚主义能否有效遏制犯罪的迅猛发展？本文拟通过对以下四个小问题的研究，给这两个大问题找出答案：（1）刑法的立法上是否存在功能化的趋势？（2）刑罚结构和刑罚适用上有没有重刑主义特征？（3）刑罚执行中的提前释放（减刑或者假释）

---

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

本文是作者主持的2009年度人力资源和社会保障部留学归国人员择优资助项目“严重犯罪的量刑”之阶段性成果。

〔1〕 这里的惩罚，不是指一般意义上的制裁、处罚或者刑罚，而是特指也称为惩罚主义的 punitivity 或者 punitiveness。

〔2〕 Kury/Ferdinand/Obergfell—Fuchs, Does Severe Punishment Mean Less Criminality?, In: International Criminal Justice Review, 2003, S. 110.

是否仍然保守? (4) 严厉的处罚是否就意味着犯罪的减少和罪行的趋轻?

### 一、1979 年以来的刑法立法趋势

20 世纪 70 年代末以来,我国社会发生的广泛而深刻的经济和社会变革,带来经济繁荣和个性解放的同时,也造成犯罪态势表现出强劲的增长压力。因应这种犯罪高发的严峻治安形势,国家在刑事政策上确立的核心思想是:刑罚,尤其是自由刑,是打击犯罪充分而有效的手段;借助于严厉的制裁,即使不能减少犯罪,至少也能遏制犯罪增长的势头。这种刑事政策,在我国刑法立法上,通过大幅增加犯罪种类、大幅提升刑罚幅度,表现出超常的惩罚期待以及严厉的报应弹压取向,从有期徒刑的量刑幅度和无期徒刑的分布频率在《中华人民共和国刑法》(从 1979 年制定、经过 1997 年修改到目前为止)中的变化(表 1 和表 2<sup>[3]</sup>),就可以清楚地看到这一点。

表 1: 1997 年刑法修订以来到目前的量刑幅度分布频率(最低刑和最高刑)

		最高刑(年)								分布频率	
		1/2	1	2	3	5	7	10	15	N	%
最低刑	1/2		2	33	320	165				520	45.9
	1						7			7	0.6
	2					2	12			14	1.2
	3						127	136		263	23.2
	5							72	67	139	12.3
	7							7	27	34	3.0
	10								152	152	13.4
	15								4	4	0.4
分布频率	N	0	2	33	320	167	146	215	250	1133	
	%	0.0	0.2	2.9	28.2	14.7	12.9	19.0	22.1		100.0

表 2: 1979 年刑法的量刑幅度分布频率(最低刑和最高刑)

		最高刑(年)								分布频率	
		1/2	1	2	3	5	7	10	15	N	%
最低刑	1/2		2	16	30	19	9			76	50.3
	1									0	0.0
	2						11			11	7.3
	3						8	21		29	19.2
	5							2	10	12	7.9
	7								6	6	4.0
	10								17	17	11.3
	15									0	0.0
分布频率	N	0	2	16	30	19	28	23	33	151	
	%	0.0	1.3	10.6	19.9	12.6	18.5	15.2	21.9		100.0

[3] Fan, Kriminelle Karrieren. Straftaten, Sanktionen und Rückfall, 2009, S. 35.

通过上表,可以看到:

(1) 1979到1997年间最低刑是3年和5年以及10年和15年的分布频率份额从19.2%, 7.9%, 11.3%和0%上升到了23.2%, 12.3%, 13.4%和0.4%。

(2) 3年, 5年和10年以及15年作为最高刑的分布频率份额, 从19.9%, 12.6%, 15.2%和21.9%上升到了28.2%, 14.7%, 19.0%, 22.1%。

(3) 最低刑高于3年的量刑幅度的分布频率份额占52.3%, 比1979年的分布频率份额高出了9.9个百分点; 最高刑高于5年的分布频率份额占68.7%, 比1979年的分布频率份额高出了0.5个百分点。

(4) 1979年以来刑法典中, 无期徒刑的分布数从22处增加到了167处。

(5) 与1979年刑法相比, 1997年以来在立法上明显表现出持续加大处罚力度的惩罚主义倾向。

1979年我国刑法分则有129个罪名, 经过1997年大修改, 罪名增加到了415个。1997年之后立法机关又先后以一个决定和八个修正案, 通过扩大犯罪主体范围、增加新的选择性构成要件要素、在原罪名中分解出新的加重犯罪名、增加具体危险犯和过失犯以及不作为犯、增加新罪名(表3)等方法, 对刑法分则部分作出了大量实质性的修改和扩充。

表3: 1997年刑法修订后到第八个修正案为止新增加的罪名

新增罪名	§ §	修正	新增罪名	§ §	修正
1. 资助恐怖活动罪	120-1	三-§4	18. 非法出卖人体器官罪	234-1	八-§37
2. 危险驾驶罪	133-1	八-§22	19. 雇用童工从事危重劳动罪	244-1	四-§4
3. 强令违章冒险作业罪	134/2	六-§1	20. 出售、非法提供公民个人信息罪	253-1	七-§7
4. 大型群众活动重大安全事故罪	135-1	六-§3	21. 组织残疾人、儿童乞讨罪	262-1	六-§17
5. 不报、谎报安全事故罪	139-1	六-§4	22. 组织未成年人进行违反治安管理活动罪	262-2	七-§8
6. 走私废物罪	152/2	四-§2	23. 不支付劳动报酬罪	276-1	八-§41
7. 隐匿、故意销毁会计凭证、帐簿、财会报告罪	162-1	一-§1	24. 非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪	285/2	七-§9
8. 虚假破产罪	162-2	六-§6	25. 提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪	285/3	七-§9
9. 背信损害上市公司利益罪	169-1	六-§9	26. 投放虚假危险物质罪, 编造、故意传播虚假恐怖信息罪	291-1	三-§8
10. 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪	175-1	六-§10	27. 开设赌场罪	303/2	六-§18
11. 妨害信用卡管理罪	177-1	五-§1	28. 过失损坏武器装备、军事设施、军事通信罪	369/2	五-§3
12. 利用未公开信息交易罪	180/4	七-§2	29. 伪造、盗窃、买卖、非法提供、非法使用武装部队专用标志罪	375/3	七-§12
13. 背信运用受托财产罪	185-1	六-§12	30. 利用影响力受贿罪	388-1	七-§13
14. 骗购外汇罪	190-1	决定-§1	31. 执行判决、裁定失职罪, 执行判决、裁定滥用职权罪	399/3	四-§8
15. 虚开普通发票罪	205-1	八-§33	32. 枉法仲裁罪	399-1	六-§20
16. 持有伪造的发票罪	210-1	八-§35	33. 食品监管渎职罪	408-1	八-§49
17. 组织、领导传销活动罪	224-1	七-§4			

具体而言,对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(第312条第2款/修正案七-10),增加了单位犯;对生产、销售不符合标准的医用器材罪(第145条)和妨害动植物防疫、检疫罪(第337条)两种罪,设立了具体危险犯;增加了损坏武器装备、军事设施、军事通信罪的过失犯(第369条第2款),增加了不作为犯不报安全事故罪(第139条之1/修正案六-3)。新增罪名35种(表3),刑法上的罪名总数达到了450种。此外,对11种罪名的可选择刑种或者刑罚幅度作出了调整:绝大多数是新增加重犯的刑罚幅度或者提高基本犯的整体刑罚幅度,个别犯罪还提高了基本犯刑罚幅度的上限(表4)。

表4:1998年以来具体犯罪刑罚的调整

刑罚调整涉及的罪名	原来的刑罚	调整后的刑罚	§ §	修正案
组织、领导、参加恐怖组织罪	基本犯:3-10年有期徒刑	提高到“10年以上有期徒刑或者无期徒刑”	120	三-3
强令违章冒险作业罪	基本犯:上限3年有期徒刑	提高到5年有期徒刑	134/2	六-1
	加重犯:3-7年有期徒刑	提高到5年以上有期徒刑		
生产、销售不符合标准的医用器材罪	新设具体危险犯	新增“3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”	145	四-1
	实害基本犯:5-10年有期徒刑	调整为3-10年有期徒刑		
走私国家禁止进出口的货物、物品罪	基本犯:5年以下有期徒刑,并处或单处罚金	增加可选刑种“拘役”	151/3	七-1
国有公司、企业人员失职罪或滥用职权罪	基本犯:3年以下有期徒刑或拘役	新增加重犯刑罚:3-7年有期徒刑	168	一-2
逃汇罪	基本犯自然人主体:5年以下有期徒刑或拘役	新增加重犯的自然人主体:5年以上有期徒刑	190	决定-3
洗钱罪	单位基本犯自然人主体:5年以下有期徒刑或拘役	单位加重犯自然人主体新增:5-10年有期徒刑	191	三-7
绑架罪	基本犯:10年以上有期或无期徒刑,并处罚金或没收财产	新增减轻犯刑罚:5-10年有期徒刑并处罚金	239/1	七-6
开设赌场罪	基本犯:3年以下有期徒刑、拘役或管制,并处罚金	新增加重犯刑罚:3-10年有期徒刑并处罚金	303/2	六-18
掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	基本犯:3年以下有期徒刑、拘役或管制,并处或单处罚金	新增加重犯刑罚:3-7年有期徒刑并处罚金	312/1	六-19
巨额财产来源不明罪	基本犯:5年以下有期徒刑或拘役	新增加重犯刑罚:5-10年有期徒刑	395/1	七-14
走私文物罪 走私贵重金属罪 走私珍贵动植物制品罪	基本犯:5年以上有期徒刑,并处罚金;加重犯:无期徒刑或死刑,并处没收财产	基本犯刑罚上限减为10年有期徒刑;加重犯废除死刑	151/2	八-26
集资诈骗罪 票据诈骗罪 信用证诈骗罪	单位基本犯:单位处罚金;自然人主体处5年以下有期徒刑或拘役;二级加重犯:5-10年有期徒刑;三级加重犯:10年以上有期徒刑或无期徒刑	票据、信用证诈骗罪二罪的自然人主体:废除死刑	199	八-30
		单位基本犯自然人主体增加“可以并处罚金”;二级加重犯,增加“并处罚金”;三级加重犯,增加“并处罚金”	192	八-31
			194	
			195 200	

续表

刑罚调整涉及的罪名	原来的刑罚	调整后的刑罚	§ §	修正案
强迫交易罪	基本犯:3年以下有期徒刑或拘役,并处或单处罚金	新增加重犯刑罚:3—7年有期徒刑,并处罚金	226	八—36
强迫劳动罪	基本犯:3年以下有期徒刑或拘役,并处或单处罚金	新增加重犯刑罚:3—10年有期徒刑,并处罚金;增加单位犯	244	八—38
敲诈勒索罪	基本犯:3年以下有期徒刑、拘役或管制	新增“并处或单处罚金”;二级加重犯增加“并处罚金”;新增三级加重犯刑罚:10年以上有期徒刑,并处罚金	274	八—40
寻衅滋事罪	基本犯:5年以下有期徒刑、拘役或管制	新增加重犯刑罚:5—10年有期徒刑,可以并处罚金	293/2	八—42
组织、领导、参加黑社会性质组织罪	基本犯:3—10年有期徒刑;减轻犯:3年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利	基本犯一分为二:组织、领导的,最低刑提高到7年有期徒刑,增加并处没收财产;积极参加的,最高刑降到7年有期徒刑;增加“并处罚金或没收财产”;减轻犯增加“可以并处罚金”	294/1	八—43
包庇、纵容黑社会性质组织罪	基本犯:3年以下有期徒刑、拘役或剥夺政治权利;加重犯:3—10年有期徒刑	提高刑罚到:“5年以下有期徒刑”;加重犯刑罚提高到:“5年以上有期徒刑”	294/3	八—43
传授犯罪方法罪	基本犯:5年以下有期徒刑、拘役或管制;加重犯:无期徒刑或死刑	新增二级加重犯刑罚:5—10年有期徒刑;三级加重犯刑罚:10年以上有期徒刑或无期徒刑	295	八—44

最近通过的《刑法修正案八》在分则部分除了废除13种罪名的死刑以及对4种犯罪的刑罚幅度作出减轻的修改外,对其他10种犯罪的刑罚修订,要么是增加新的必处或者可处附加刑,要么增加新的加重犯的刑罚幅度;要么提高基本犯的刑罚上限,要么提高加重犯的下限(表4)。新的修法还严格限制对判处死刑缓期二年执行(以下简称死缓)的累犯以及8种暴力犯罪的罪犯的减刑,延长其实际服刑刑期。被判处死缓的这类罪犯的减刑原来没有限制;现在改为:因累犯以及因8种暴力犯罪而被判死缓的罪犯减刑一次后,限制对其再次减刑。原来规定,死缓考验期满后,如果确有重大立功表现,减为有期徒刑的幅度在15年以上20年以下;现在提高并限定为:只能减为25年有期徒刑。这部分罪犯减刑后实际执行的刑期也被提高了很多:减为无期徒刑的,实际执行不能少于25年,减为25年有期徒刑的,实际执行不能少于20年。此外,被判处无期徒刑的罪犯的假释条件也更严格了:考虑可以对其假释的实际执行刑期,从过去的10年提高到13年。新的修法还扩大了无再犯时效〔4〕的累犯的范围,在危害国家安全犯罪的基础上,增加了实施恐怖活动犯罪和黑社会性质组织犯罪两种犯罪类型;修法在明确并严格规定缓刑适用条件的同时,还扩大了不适用缓刑的范围:除累犯外,还包括“犯罪集团的首要分子”。最后,因犯数罪被判有期徒刑,总和刑期超过35年的,修法把数罪并罚的宣告刑上限从过去的20年提高到25年。

犯罪构成规范的快速膨胀和量刑法上处罚力度的持续加大,说明我国自1979年以来的刑事立法一直采取的是刑法的功能化取向。所谓刑法的功能化,可以做如下理解:只要安全、财经、

〔4〕再犯时效是指上一次刑罚执行完毕到再次实施犯罪之间的时间间隔,我国刑法上通常规定为5年。

交通等领域中,任何一种社会利益需要支持,或者任何一种国家利益受到的威胁需要排除,刑法都被看作是一件廉价的、几乎随时可以投入使用的全能武器,而其投入的目的仅仅是防止不希望的行为方式,其目标指向只是行为控制。功能化最大的优点是其灵活性:如果现实中出现了需要保护的利益,就创设一个相应的刑法规范;如果原来所规定的制裁力度看起来不够,就提高刑罚幅度或者扩大刑罚范围。存在特定的法益,原本是创设新的刑法规范的必要条件,但是,功能主义的立法者把它变成创设新的犯罪构成的充分条件——没有刑罚就没有特定的利益。这种立法取向,往往无视刑法的“补充性法益保护”的手段特征,以及刑法为公民创造自由空间的内在价值,忽视检验确立新的犯罪构成要件的绝对必要性,忘记刑法只是所有社会控制手段之一,是不可轻易使用和首先使用的极端手段,把刑法完全变成了为社会政策保驾护航的工具。这种方式在政治上当然是方便的举措,因为对不希望出现的行为予以刑罚处罚,通常会得到民意的赞成和支持(立法上的平民主义〔5〕);但是,它同时也导致刑法的快速膨胀和贬值:如果所有的不法都是可以予以刑罚处罚的,那么,刑罚就从根本上丧失了其突出的社会伦理上的非价评判的意义。〔6〕因为,这种伦理上的非价评判的特殊条件在于:刑罚只是在合适而必要的合法性前提下,作为对于严重不法、极端的和最严厉的社会反应时,才允许合乎相当性原则地投入使用。

在刑法立法的时候,首先要反对法益的无节制膨胀(贬值/通胀)。创设新的刑法规范的前提是,它对于保护特定法益是合适的,并且与国家的其他措施相比较,它又是绝对必要的。也就是说,既不能把不是刑法法益的法益当作刑法法益,也不能把国家的其他措施能够保护、由于行政不作为而没能保护的、没有刑法保护绝对必要性的法益随意交付给刑法来保护。比如,雇用童工从事危重劳动罪,组织残疾人、儿童乞讨罪,强令违章冒险作业罪等的保护法益,是不是属于刑法应该保护的法益,有没有刑法保护的绝对必要性,都是值得怀疑的。其次,立法者在考虑加大惩处力度的时候,要切实考虑到,刑罚只能并一直是最后的手段。刑罚在社会控制体系中属于最后手段的定位,必然衍生出必要性原则〔7〕主导的理性刑事政策命题,这个命题要求刑罚的严厉性,不可无视刑罚体系的结构特征和量刑实务,无根据、无限制地加大。

## 二、刑罚体系上的报应主义结构特征

30多年来,我国的刑罚制度并没有做出重大的结构性调整,其中的主导思想仍然是报应主义的刑罚理论,突出地表现在如下几个方面:

### 1. 罚金刑制度存在的问题

在我国现行刑法上罚金不是作为主刑,而是作为附加刑,与自由刑并科适用。尽管也可以单独适用,但主要对象是犯罪的单位(第31条)。〔8〕罚金刑与自由刑的并科安排,很难说与犯罪学实证研究所建议的罚金刑替代(2年以下)短期自由刑的刑事政策理念是一致的。并科罚金刑

〔5〕指一种忽视科学理性、在政治上刻意迎合普通民众的意识形态。

〔6〕这也有立法技术上的原因。由于我国立法者将罪刑法定所要求的罪名明确性误解为犯罪行为或者犯罪对象上的“一一对应”,刻意避免罪名的概括性,规定了大量的选择性罪名,导致刑法上的绝大多数行政犯的罪名冗繁,这就很难像自然犯那样以简明的罪名充分地表明对行为的伦理非难。

〔7〕必要性原则,或称“最小侵害原则”,即为达到所希望的公法目的而采取的手段,只有当不能选择其他同样有效且对基本权利的干预和限制可能造成的侵害更小的方法时,采取该手段,才被认为是必要的。

〔8〕我国刑法把单位确定为和自然人同等地位的犯罪主体,那么,两种主体都应该有相应的主刑,但是,仅仅针对自然人适用的主刑无法适用于单位,因此,就有必要在主体地位同等的意义上把可以独立适用的附加刑——罚金升格为主刑;另外,由于单位主体没有主刑,对于单位犯罪规定的有别于自然人主体的“双罚制”中,对单位独立适用的附加刑——罚金,就丧失了“附加”的意义。

的必要性也是值得怀疑的,比如走私淫秽物品罪(第152条),属于牟利犯罪,一般处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金。淫秽物品通常属于违禁品,通过没收就可以处理;走私淫秽物品的违法所得,通过追缴就可以处理;在给行为人处以自由刑的同时再科处针对其合法财产的罚金刑,就造成对行为人人身权利和财产权利的双重剥夺。这是否符合国际上刑罚向轻缓方向演化的发展趋势?对于被判并科罚金刑的人来说,由于诉讼程序连同其他效应(比如失去工作,遭遇离婚),通常情况下其经济状况相对于行为时已经恶化了。剥夺自由期间他没有收入,也不可能放弃消费或者降低正常的生活标准,加之追缴和没收已经剥夺了违法(或者非法)所得,在这种情况下,加之刑法上还存在对未成年人罪犯处罚金的可能,仅仅根据犯罪情节并科罚金,很可能导致罚金刑实质上株连到无辜的第三人。

对于被判刑人来说,罚金刑是其“生活质量”的一种可感知的痛苦和损失,因为金钱是一种“凝固的自由”,<sup>[9]</sup>许多活动和消费以及自由都是以金钱为前提条件的。罚金刑产生实际效果的前提是行为人具备罚金的支付能力。绝大多数国家的立法规定,罚金刑的根据是行为的严重程度,同时要求法官在科处罚金刑时,要考虑到行为人的经济状况和支付能力。我国刑法在罚金刑上采用的是必须并科制为主、选择科处制为辅的立法方式,罚金的数额仅应根据“犯罪情节”(第52条第1款)予以确定,没有统一的上限和下限,大多数情况下采取的是无限额罚金制。在分则的具体犯罪构成中,表现“犯罪情节”根据的具体标准模糊、多元。比如,销售金额的50%以上2倍以下(第140条);票证价额的1倍以上5倍以下(第227条);非法转让、倒卖土地使用权价额的5%以上20%以下(第228条);违法所得1倍以上5倍以下罚金(第225条),欠缴税款1倍以上5倍以下罚金(第203条);2万元以上20万元以下罚金,5万元以上50万元以下罚金(第170条);非法募集资金金额的1%以上5%以下罚金(第160条),票证价额,欠缴税额,等等,这些“犯罪情节”容易导致实务中罚金刑量刑的不透明而不可预测,比如销售金额、违法所得并不容易得知到底是多少。通常,刑罚的量定,应该以行为人的罪责为根据和界限。但在我国刑法上,罚金刑在有些地方完全突破了行为人的罪责的界限,比如以违法所得的倍数为标准,就会导致罪刑的不相当;量刑标准多元,导致不同经济能力的行为人有不同的刑罚感受,这导致刑罚的不公正而暴露出其无视预防的纯粹报应主义的制度特征。从罚金刑的适用实务来看,并科和选科的复合立法模式,使得单科罚金的适用率极低;<sup>[10]</sup>确定罚金的数额不必考虑行为人的支付能力,导致罚金刑执行中极低的执结率和极高的中止执行率。<sup>[11]</sup>这不仅导致有限的刑事司法资源的极大浪费,刑事判决的有效性和严肃性也因此打了折扣。

有些刑罚种类(有时与强制措施)之间,既没有替代,也不存在互补或折算,没有形成有机的体系。比如,我国刑法上没有规定罚金刑易科替代自由刑的制度。这样,在自由刑和罚金刑并科的情况下,如果罚金刑不能执行,行为人愿意以自由刑来服刑的话,是否可以把罚金刑换算成自由刑,追加到所判自由刑中?如果可以,那么把罚金刑按照什么标准换算成相应长度的自由刑?由于没有采取日额罚金制和相应的换算公式,这个问题的解决就会遇到困难。还有,如果被判罚金刑之前先行羁押的,那么,在量定罚金刑的时候,是否可以折抵以及如何折抵?该问题也没有办法解决。刑种之间没有替代和换算的余地,刑种和强制措施之间的折抵没有根据,这些都是“以牙还牙、以眼还眼”的报应主义标志。

[9] Arzt/Weber/Hilgendorf, Strafrecht BT, 2. Aufl., 2009, S. 18 Rn. 29.

[10] 数据显示,2004—2008年度我国法院“单处”适用罚金刑的比例在所有的刑罚适用中基本不超过3%。参见李凤林:《论我国罚金刑制度的完善》,载陈泽宪等主编:《刑法理论与实务热点聚焦》上卷,中国人民公安大学出版社2010年版,第409页。

[11] 数据显示,我国罚金刑执结率低于1%,判决罚金刑的案件中止执行率高达90%左右。转引自欧阳本祺:《试论我国非监禁刑适用的瓶颈及出路》,同上书,第510页。

## 2. 追缴和没收财产刑的功能重叠

通过剥夺行为人的违法财产收益或返还所得，使其财产状况恢复到行为前的原状，使行为人不能从违法中受益，以便间接地防止对违法牟利行为的学习效应，这个刑事政策上的任务，罚金和没收财产是完成不了的。因为，罚金刑和没收财产刑，剥夺的只能是行为人的合法收入，在缺少罪责情况下要剥夺违法所得，罚金刑和没收财产是无能为力的；罚金和没收财产作为刑罚，需要罪责这个连接点。我国刑法上规定的追缴，不是刑罚，它是一种不关罪责的、在财产权利领域恢复原状的必要刑事措施；它还可以扩大到那些从目前追究的行为之外的其他“违法行为”中所获得的所有财物，<sup>[12]</sup>完全可以满足刑罚力所不逮领域的功能期待。在分则部分明确适用追缴的唯一立法例是我国刑法中的巨额财产来源不明罪，刑法第 395 条对该罪只规定了有期徒刑或者拘役的主刑，而没有规定附加罚金或者没收财产，但是明确规定不能说明合法来源的差额部分以非法所得论，“财产的差额部分予以追缴”。没有规定罚金，也没有规定没收财产，通过刑法上的措施完全可以达到与刑罚同样的功效。如此看来，在存在无限额罚金制和规定了追缴措施的条件下，作为附加刑的没收财产，尤其是可以比作行为人财产权利领域“死刑”的没收全部财产，<sup>[13]</sup>还有什么存在的必要？或者说，没收财产还有什么和无限额罚金刑以及追缴完全不同的刑事政策目的？

## 3. 刑罚幅度和刑种设定上的突出问题

刑法分则中有些自由刑量刑幅度的设定违背罪刑法定的实质要求。罪刑法定不仅要求规定的犯罪构成要件明确，而且要求所规定的刑罚幅度不能过宽。1997 年的刑法典规定了 15 种有期徒刑的刑罚幅度（表 5）。

表 5：1997 年刑法中的有期徒刑量刑幅度种类

《中华人民共和国刑法》中有期徒刑量刑幅度的种类	
a) 15 年有期徒刑	i) 2 年以上 7 年以下有期徒刑
b) 10 年以上有期徒刑(10—15)	j) 1 年以上 7 年以下有期徒刑
c) 7 年以上有期徒刑(7—15)	k) 2 年以上 5 年以下有期徒刑
d) 5 年以上有期徒刑(5—15)	l) 5 年以下有期徒刑
e) 7 年以上 10 年以下有期徒刑	m) 3 年以下有期徒刑
f) 5 年以上 10 年以下有期徒刑	n) 2 年以下有期徒刑
g) 3 年以上 10 年以下有期徒刑	o) 1 年以下有期徒刑
h) 3 年以上 7 年以下有期徒刑	

从 2—15 年的所有刑罚幅度来看，5 年以上有期徒刑，7 年以上有期徒刑，3 年以上 10 年以

[12] 在犯罪人处发现了财物（尤其是现金或银行存款），鉴于其较少的合法收入，有足够的理由相信，这些财物来源于违法行为，就可以适用追缴。

[13] 没收全部财产是财产刑中的“死刑”，这可以从最高人民法院 2000 年 11 月 15 日《关于适用财产刑若干问题的规定》第 3 条第 2 款的规定以及 1999 年 10 月 27 日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》第 4 段的内容中推导出来：被告人一人犯数罪，依法同时并处罚金和没收财产的，应合并执行；但并处没收全部财产的，只执行没收财产刑。应避免判处罚金刑的同时，判处没收全部财产，对于判处没收全部财产，同时判处罚金刑的，应决定执行没收全部财产，不再执行罚金刑。另外，在表 6 中，我们可以清楚地看到，可以并处或者必须并处没收财产的规定，主要是和 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的可选主刑种联系在一起的，因而在附加刑中，显然在立法者看来，它是最为严厉的。拥有一定的合法财产是一个人在社会上有尊严地生活的最低保障，把行为人变成一个彻底的无产者是封建刑罚——“抄没充公”的目的。我国古典刑法时代的这个制度遗产，从现代刑法的观点来看，不仅是不人道的，而且是违背社会主义法治国家原则的。

下有期徒刑, 1年以上7年以下有期徒刑, 这4种量刑幅度规定得似乎过宽, 刑罚幅度的上下限之间超过了5年。<sup>[14]</sup> 5年以上有期徒刑, 说明对于一个不法行为5—15年之间的刑罚量, 都是可以适用的。这样的刑罚幅度所起到的功能仅仅是: 排除了6个月到4年的有期徒刑的适用。在所处罚的不法行为和所规定的刑罚之间, 立法者并没有建立起合理而适当的相对确定的比例关系, 刑罚幅度就丧失了其相应的特别限制功能; 刑罚的程度对于一个人的社会命运来说, 常常比科处刑罚本身更为重要, 不应该以这种几乎没有限制的幅度形式, 完全保留给法官。另外, 我国刑法没有大量采用例举规则的立法技术, 在对许多犯罪没有详细列举行为不同严重程度的要件特征的情况下, 规定了数种可选刑罚种类。比如故意杀人的(第232条), 处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑。三个可选择的刑种并列, 在差异显著的三个并列刑种上, 选择标准严重不明确。诸如此类的量刑规定, 也是违反罪刑法定原则关于罪刑相对确定的要求的。

表6: 我国刑法分则中出现的刑罚种类的排列组合

(准)主刑种排列	并处或单处	(准)主刑种排列	并处或单处
1年以下有期徒刑或拘役		5年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利	
1年以下有期徒刑、拘役或管制	并处罚金	5年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利	可并处没收财产
2年以下有期徒刑或拘役		5年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利	并处罚金
2年以下有期徒刑、拘役或者管制		5年以下有期徒刑、拘役或管制	
2年以下有期徒刑、拘役或者罚金		5年以下有期徒刑、拘役或管制	并处罚金
2年以下有期徒刑或拘役	并处或单处罚金	5年以上有期徒刑	并处罚金
2年以下有期徒刑、拘役或管制	并处或单处罚金	5年以上有期徒刑	并处罚金或没收财产
2—5年有期徒刑	并处罚金	5年以上有期徒刑	可并处没收财产
2—7年有期徒刑	并处罚金	5—10年有期徒刑	并处罚金
3年以下有期徒刑或拘役		7年以上有期徒刑	并处罚金
3年以下有期徒刑或拘役	并处或单处罚金	7年以上有期徒刑	并处罚金或没收财产
3年以下有期徒刑或拘役	并处罚金	7年以上有期徒刑或无期徒刑	并处罚金或没收财产
3年以下有期徒刑、拘役或管制		7年以上有期徒刑或无期徒刑	并处罚金
3年以下有期徒刑、拘役或罚金		10年以上有期徒刑	并处罚金
3年以下有期徒刑、拘役或剥夺政治权利		10年以上有期徒刑	并处罚金或没收财产
3年以下有期徒刑、拘役、管制或罚金		10年以上有期徒刑或无期徒刑	
3年以下有期徒刑、拘役或管制	并处罚金	10年以上有期徒刑或无期徒刑	可并处没收财产
3年以下有期徒刑、拘役或管制	并处或单处罚金	10年以上有期徒刑或无期徒刑	并处罚金或没收财产

[14] 有期徒刑法定刑格点(6个月, 1、2、3、5、7、10、15年)之间最大时间跨度是10年和15年之间的5年; 而且, 实务中和刑事统计上通常把5年和10年作为轻度、中度和重度有期徒刑的两个界点。因此, 在我国刑法上可以把5年确定为刑罚幅度的最大时间跨度。另外, 要特别指出的是, 在数罪并罚情况下, 确定总合自由刑的相对刑罚幅度即便过宽, 也不应该说是违背罪刑法定原则的。

续表

(准)主刑种排列	并处或单处	(准)主刑种排列	并处或单处
3 年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利		10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑	
3 年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利	可 并 处 没 收 财产	10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑	并 处 罚 金 或 没 收 财产
3—7 年有期徒刑	并处罚金	15 年有期徒刑或无期徒刑	并处罚金或没收财产
3—10 年有期徒刑	并处罚金	15 年有期徒刑、无期徒刑或死刑	并处没收财产
5 年以下有期徒刑	并处或单处罚金	无期徒刑或死刑	
5 年以下有期徒刑	并处罚金	无期徒刑或死刑	并处没收财产
5 年以下有期徒刑或拘役		无期徒刑	并处没收财产
5 年以下有期徒刑或拘役	可并处罚金	无期或 10 年以上有期徒刑	可并处没收财产
5 年以下有期徒刑或拘役	并处或单处罚金	死刑、无期或 10 年以上有期徒刑	
5 年以下有期徒刑或拘役	并处罚金	死刑	并处没收财产

从我国刑法上选择性刑种的 56 种排列组合和排序种类（表 6）来看，除生命刑外，自由刑是刑罚体系中常备、首选的支柱刑种。在 56 种排列组合中，一个罪名所对应的可选刑罚种类达到 3 个以上的占到所有排列组合数的 42.9%（3 个以上主刑的占 36%），有并处罚金或者没收财产的概率高达 70%，<sup>[15]</sup>而且，绝大多数的罚金刑没有上下限的规定。这就是说，近 43% 的可选 3 种以上刑罚的宽泛规定和绝大部分没有限额规定的罚金刑，由于缺少明确的刑种选择标准，违背了罪刑法定原则关于刑罚要相对确定的要求。此外，实施了一个犯罪的行为人，在刑种配置种类的意义下，受到一个主刑加上一个附加刑即人身和财产双重打击的概率高达 70%。必须并处罚金和可以并处罚金的概率，占到 39 种并处或者单处选择种类的 77%，无限额罚金对于自然人主体有着很高的适用概率。从刑种配置的排列组合种类来看，无期徒刑的适用概率达到了 25%；所有含有无期徒刑配置的组合中，并列配置死刑的组合占到近 43%。对于可能被判处死刑和无期徒刑的行为人，并处的附加刑，绝大多数情况下会是两种，要么是罚金和剥夺政治权利终身，要么是没收财产和剥夺政治权利终身。根据刑法第 57 条第 1 款的规定，规定了死刑和无期徒刑刑种的，必须科处剥夺政治权利终身的附加刑。被判处死刑和无期徒刑的行为人，会同时受到一个主刑加两个附加刑的最为严厉的惩处。总之，无论刑种选择范围宽泛，还是刑罚配置上的双重或多重打击，或者多个重刑威慑，<sup>[16]</sup>都是刑罚结构上重刑主义的突出表现。

#### 4. 死刑罪名数量突出和强制死刑的问题

尽管《刑法修正案八》废除了 13 种死刑罪名，但是，我国刑法分则中剩余的 55 种死刑罪名在数量上仍然是很突出的，这个数量显然违背了总则第 48 条关于死刑仅仅适用于“罪行极其严重的犯罪分子”的规范精神。

[15] 所有的排列组合中单处罚金的概率只有 14%。

[16] 我国的刑制有一罪数刑的历史传统。秦代有一人之身同时施加五种刑罚的“具五刑”之制；汉法对夷三族的罪犯，规定“皆先黥、劓，斩左右趾，笞杀之，枭其首，蛆其骨肉于市”，其与秦的具五刑差不多。北魏、北齐、北周的流刑，都加鞭笞，也就是流、笞二刑并用。唐以后的宋，流刑往往加杖、加刺字，成了一罪三刑。明、清律的徒、流均加杖，是一罪两刑。唯一例外的是隋唐刑制，没有采取一罪数刑，而是采取一罪一刑。这种历史上空前绝后的轻刑做法，是值得我们今天借鉴的。参见吴建璠：《唐律研究中的几个问题》，载杨一凡主编：《中国法制史考证》乙编第 1 卷，中国社会科学出版社 2000 年版，第 421 页。

从《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》)第6条第2款的要求来观察我国的死刑立法,突出的还有绝对死刑(强制死刑)的问题:<sup>[17]</sup>刑法第48条第1款第一句“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”,意思是说,死刑必须只能适用于罪行极其严重的犯罪分子。而在55种死刑罪名中,有7个死刑罪名采取的是一种绝对死刑的立法模式,<sup>[18]</sup>也就是说,这7个死刑罪名,只规定了死刑,而且明确地表述为“……处死刑”。《公约》第6条第2款第一句规定,在尚未废除死刑的国家,死刑只是可以适用于最为严重的犯罪。<sup>[19]</sup>也就是说,对于最为严重的犯罪是否适用死刑,在刑法的量刑规定上必须是可以选择的;绝对死刑的立法,违背《公约》的要求,排除了这种死刑选择适用的可能性,排除了法官的量刑,是典型的报应立法。

相对于绝对死刑立法模式,我国刑法上还规定了5种相对死刑的立法模式。<sup>[20]</sup>尽管这种模式符合《公约》第6条第2款第一句的要求,给法官是否适用死刑提供了可选择的空间,但是,它也会导致另外一种危险。因为这种立法模式中的大部分死刑法条中同时包含有无期徒刑和有期徒刑的可选刑种,可选刑种宽泛,而刑法对于不同刑种的选择并没有规定明确的量刑指导,加之具体犯罪构成要件中存在大量特别情节要素标准模糊<sup>[21]</sup>的问题,法官在量刑时没有办法区分适用有期徒刑、无期徒刑和死刑的条件。

#### 5. 缺少禁止双重评价的量刑基本原则

我国刑法上还没有确立量刑上的禁止双重评价原则:禁止将犯罪构成要件特征在量刑时作为量刑情节,进行重复评价。在我国刑法理论上,犯罪数额在犯罪论体系中的定位尽管是有争议的,但是,刑法分则的许多具体犯罪构成中,犯罪数额被规定为成立犯罪的重要条件。司法实务中,法官没有办法判断,数额到底是犯罪构成要件还是量刑要素,往往会把数额所反映出来的“损失严重”在量定刑罚的时候,无意识地再次予以评价;在有的受贿罪或者渎职罪的判决中,常常会看到这样的判词:被告人身为国家工作人员,理应守法,竟然明知故犯……该类罪的构成要件要素中已经包含了行为人的公务员身份,在申明量刑理由的时候,把已经发挥过该当犯罪构成要件效果的身份要素,重新又提了出来。值得注意的是,这种双重评价的做法,居然被最高人民法院的《人民法院量刑指导意见(试行)》第二部分第1条第1、2款确立为寻找量刑基准的根据和步骤,“量刑基准由基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点,然后,再根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定量刑基准,这就形成了法定量刑情节上下调节所参照的量刑基准”。<sup>[22]</sup>对于数额犯和结果犯,数额和结果本身就对应了法定的量刑幅度,在确定量刑基准的时候,再次予以考虑,对行为人肯

[17] 考虑到为批准《公约》迫切需要扫除国内法上的障碍,因此有必要首先考虑解决刑法上存在的绝对死刑问题。拖延批准《公约》的记录保持者是美国,从签署到批准的时间间隔长达14年。我国于1998年10月5日签署了该公约,12年过去了,至今尚未批准,正在接近这个记录。

[18] 7种规定了绝对死刑的罪名分别是:第121条劫持航空器罪(致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的);第239条绑架罪(致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的);第240条拐卖妇女、儿童罪(情节特别严重的);第317条第2款暴动越狱罪以及聚众持械劫狱罪(情节特别严重的);第382条、第383条贪污罪(情节特别严重的)以及第385条、第386条受贿罪(情节特别严重的)。

[19] 其英文文本原文是:“In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”。

[20] 5种相对死刑的立法模式是:处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑;处15年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑;处无期徒刑或者死刑;可以判处死刑;处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑。

[21] 我国的类型化列举式立法技术还相当不成熟,因此很难把情节要素具体细化为可操作的确切标准。

[22] 赞成这种做法的有白建军、肖世杰等学者。参见白建军:《裸刑均值的意义》,《法学研究》2010年第6期。

定会产生升高制裁水平的不利影响。至于量刑时考虑“犯罪次数”，<sup>[23]</sup>有的构成要件行为本质上就包含了数行为的反复，比如，生产、销售伪劣商品犯罪，构成要件所要求的产值和销售额度中，已经包含了数行为的反复，还有贩卖毒品罪，拐卖妇女、儿童罪，非法行医罪等，在量刑的时候，再次考虑这种连续反复的行为次数，就有重复评价之嫌。

#### 6. 对于再犯<sup>[24]</sup>“必须从重”处罚问题

我国刑法上规定，再犯必须从重处罚。问题是，再犯作为量刑事实，为什么要做必须从重处罚的评估？再犯（包括累犯）刑罚必须从重，在逻辑上可以反向推导出的结论是：再次发生犯罪的事实，说明前一次科处的刑罚对于实现特殊预防的目的，在分量上是不够的。但是，犯罪的再次发生并不是因为处刑分量不够这么简单：比如说，2006年笔者的一个再犯问卷调查发现，22.3%的再犯者是由于囚犯朋友的影响而再次犯罪；剥夺自由恶化了被判刑人的经济条件和社会条件，加之本身的低端的受教育水平，57%的再犯者处于失业状态，而且有49%的再犯者认为，他们再次犯罪的动机是为了摆脱他们面临的经济困境（获得维持生活的钱）。<sup>[25]</sup>再比如，甘肃省监狱管理局对两次以上犯罪囚犯的普查研究发现，<sup>[26]</sup>在押再犯的总体结构特征是农民、无业人员多（91%：农民占67.3%；无业人员占24.7%），暴力财产犯罪突出（占78.3%），<sup>[27]</sup>文化程度偏低（初中以下文化和文盲、半文盲占92.1%），<sup>[28]</sup>单身生活者居多（占77.9%），<sup>[29]</sup>团伙犯罪比例大。<sup>[30]</sup>基于上述的与再犯相关的文化的、经济的和社会生活的背景和社会结构因素，“应当从重处罚”绝不是实现特殊预防效应的逻辑结论，必须从重严惩的政策并不是最好的刑事政策。<sup>[31]</sup>如果必须从重严惩再犯，那么，行为人就必然会承担国家转嫁给他的责任。<sup>[32]</sup>另外，从个人罪责的观点来看，行为人只能因为自己当前的犯罪行为而受到处罚，而不应该因为过去已经

[23] 在《人民法院量刑指导意见（试行）》中，对强奸、非法拘禁的人数（连续强奸数人、连续拘禁数人）和次数（连续强奸同一被害人次数、连续拘禁同一被害人次数），以连续犯做混同处理，是存在问题的。如果连续数行为破坏的是分属于数人的高度人格法益，是否成立连续犯，以一罪论处？笔者认为，这种数行为针对分属数人的一身专属性质的法益的情形，不同于数个行为针对同一法益持有者的情形，这种被害之各法益，具有完全的独立性；连续侵害这种法益，无论在行为不法、结果不法还是罪责内涵上，都不宜因行为的连续关系而集合为一，以一罪论处；而应以实质竞合，数罪并罚。

[24] 这里提到的再犯概念，包括刑法上的累犯在内；再犯必须从重处罚的规定是指我国刑法第65条和第356条。

[25] 前引[3]，Fan书，第217页。该研究还发现：73.2%的再犯者说，释放后，很难找到工作；44%的再犯者说，在再次犯罪前，没有工作；15.3%的再犯者认为，自己一直没有工作（长期失业）是再犯的直接动机。这就证实了犯罪学家Sampson和Laub关于监禁和社会维系因素之间关系的核心假设：监禁对行为人与传统社会的维系因素有着负面的影响；监禁使得进入职业生活变得难上加难。职业是行为人融入社会或者说再社会化的重要因素。尽管在劳动法上有在用工时不得歧视的规定，但是，受过刑事处罚，往往会实际上成为释放人员就业上的严重不利因素。奇怪的是，我国刑法第100条规定，受过刑事处罚的人在入伍、就业时有如实报告前科的义务。而《刑法修正案八》非但没有废除该条，反而作了保留和补充。

[26] 参见甘肃省监狱管理局课题组：《甘肃省监狱系统在押罪犯中两次以上犯罪情况的分析》，前引[10]，陈泽宪等主编书，第694页以下。

[27] 经济生活不稳定，缺少社会保障。表现为收入低而且极不稳定，生活压力大；既没有失业保险，也没有医疗和养老保险。这涉及到国家的就业和社会保障制度上曾经存在过的问题。

[28] 受教育程度是决定人在社会结构中的位置的重要指标。92%的再犯者只接受了初中以下的教育，说明国家教育制度在普及义务教育和就业培训上出现过严重问题。

[29] 大部分人生活在家庭结构之外，是国家在促进和改善婚姻家庭生活的社会工作上存在问题。不能一味地把工作重心放在计划生育上，更应关注让绝大多数人享有稳定、健全而和谐的家庭生活。

[30] 说明犯罪亚文化的影响还在持续，出狱后得到有效帮扶的并不多。

[31] 加大惩罚力度根本不能建设性地影响被判刑人在被剥夺自由之后复杂的生活状态，也不能改善被判刑人出狱后的生存生活条件。刑罚对被判刑人只有有限的影响，刑罚力度不够，并不是再次犯罪的根本原因，因此也不是解决再犯问题的根本和最佳途径。真正的最好的途径，德国著名刑法学家李斯特早在100多年前就说过了：最好的社会政策是最好的刑事政策。

[32] 即行为人为国家没有充分履行教育或者社会保障义务、国家承担的保障充分就业的义务履行不力，而承担责任。

处罚过的行为再次受到处罚。在量刑中的必须从重处罚,是把一个已经评价过的犯罪事实,在一个犯罪行为人的后来的行为中做了第二次评价,这种两次评价同一事实,明显违反了禁止双重评价的原则。有观点可能会认为,再犯事实说明前判决对行为人没有起到警告效果,或者行为人无视前次判决的警告,从而可以推定其具有顽固的对法律的敌视倾向,说明其个人罪责程度加深。<sup>[33]</sup>但是,要充分考虑到,顽固的敌视法律不能简单地从重新犯罪的事实中推导出来,再次实施犯罪还可能单纯是由于行为人意志薄弱,或者受到第三人鼓动去实施犯罪;<sup>[34]</sup>还要考虑到,前判决和前刑罚减少了行为人在机会结构意义上的行为选择项,由此前判决或者前刑罚也就降低而不是升高了行为人的罪责程度。<sup>[35]</sup>

再犯必须从重,还会产生制裁水平不断升高的负面影响。从国外的研究来看,一致的结论是,有两个变量主导着量刑实务:行为的严重程度和再犯事实。实证的制裁生涯研究有这样的发现:再犯事实自动导致了处罚严厉性的恒定增高,而这种增幅超过了罪行严重性的增加所引起的量刑增幅。<sup>[36]</sup>即前科对于制裁严厉性的增高具有决定性的意义:前科成了制裁日益严厉的发展历程的内驱力;在所有相关变量中,制裁的严厉仅仅只是由于前科记录的累积而持续升高。那么,我国的量刑实务中,是否也存在像在德国发现的制裁严厉性与前科压力之间的这样一种关系呢?我国学者阮齐林等人的研究,<sup>[37]</sup>在不同的犯罪上部分地证实了这样的关系。盗窃的再犯行为人被科处的刑罚是盗窃初犯的两倍高;伤害和抢劫的再犯行为人被科处的刑期比初犯高出了1/3(表7)。

表7:累犯事实对量刑的影响(北京朝阳法院,1999年)

	对于再犯科处的自由刑 (平均值/月)	对初犯科处的自由刑 (平均值/月)	刑罚幅度(月)
盗窃	25.7	11.5	6—36
严重盗窃	74.4	53.2	36—120
特别严重的盗窃	168	124.6	120—180/无期
伤害	24	16.8	12—36
严重伤害	84	61.5	36—120
伤害致死	160	126.3	120—180/无期/死刑
抢劫	84.7	52	36—120
严重抢劫	160.5	115.1	120—180/无期/死刑

数据来源:阮齐林等:《北京市朝阳区检察院1999年度公诉案件量刑的分析研究》,《政法论坛》2001年第1期。

从这个研究例证中,可以发现,所研究的3种犯罪的刑罚科处,再犯事实在增大刑度上确实起了很关键的作用。另外,比较初犯和再犯被科处的自由刑平均长度以及比较再犯囚犯第一次和

[33] Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht AT, 4. Aufl., 1988, S. 802f.

[34] Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, S. 892f.

[35] 因此,对于刑法第65条第1款的修改,只需改动两个字:将“应当”改为“可以”。量刑的实证研究发现,刑种和刑度取决于三个变量:犯罪的种类,具体损害程度,行为人的再犯事实。通常,罪行的严重程度和行为人的再犯事实都是没有辩护空间的,唯一可以辩护的是行为的后果,辩护人通过给行为人或者其亲属做工作,可以和被害人沟通,进行和解和赔偿,这样最终可能会影响量刑。从立法技术上来看,刻板的规则,尽管可以防止法官的恣意裁量,但是也会限制辩护的空间。如果把再犯事实从法定从重情节变为酌定的选择从重情节,对被告人最终能够确定一个正确适当的刑罚,就可以在刑罚个别化的意义上给律师开辟出新的辩护空间。

[36] Höfer, Sanktionskarrieren, 2003, S. 143, 151f.

[37] 阮齐林等:《北京市朝阳区检察院1999年度公诉案件量刑的分析研究》,《政法论坛》2001年第1期。

第二次被判自由刑的平均长度，也可以观察到再犯事实在量刑的严厉性倾向上所起的作用。借助于我国监狱囚犯的抽样，分析发现，在1992年前后再犯者的第一次刑罚要比2001年前后初犯的第一次刑罚，平均要轻出许多（表8）。<sup>〔38〕</sup>这说明这两个时间点之间，量刑实务的发展，在总体上贯彻了严厉化的刑事司法政策。

表8：1998—2002年度再犯事实对刑罚严厉性的影响：  
初犯和再犯以及再犯前后两次刑罚平均长度的比较

初犯的刑罚	再犯的第一次刑罚			再犯的第二次刑罚					
	N	ØM—	ØTz	N	ØM—	ØTz	N	ØM—	ØTz
杀人罪	37	237±10	1998	2	108±12	1978	6	274±5	2000
抢劫罪	79	117±7	2001	56	50±4	1994	83	147±8	2001
强奸罪	19	110±16	2001	13	92±17	1990	13	150±20	2000
伤害罪	72	138±9	2001	34	35±5	1992	31	131±17	1999
盗窃罪	78	116±8	2000	187	41±2	1992	86	105±9	1998
诈骗罪	84	131±8	2001	48	52±5	1993	62	128±8	2000
毒品犯罪	82	148±9	2000	99	32±3	1997	134	116±7	2002

\* 因数罪被判处刑罚的罪犯样本，没有纳入计算。 \*\* N：样本数；ØM：平均数/月；ØTz：行为实施的大致时间

比较相近或同一时期（2000年前后）初犯和再犯在相同罪名的量刑上的差异发现，再犯事实总体上对于杀人罪、抢劫罪和强奸罪的处罚严厉性的影响特别明显。毒品犯罪再犯者的刑罚从趋势上看反而轻了，这主要是毒品的数量对于刑罚长度来说是最有影响的因素，而再犯事实只是在毒品数量不大的情况下，才可能有特别突出的意义。此外，对于毒品再犯特别要指出的是，毒品再犯在我国刑法上没有再犯时效，行为人在缓刑或者假释期间又犯毒品犯罪的情况下，会出现全球没有先例、我国独有的对毒品再犯进行数罪并罚的现象，行为人因为再犯事实和新罪的并罚，会面临双重从重处罚的危险。<sup>〔39〕</sup>

强调必须从重处罚，会增大再犯行为人的监禁压力。监禁压力是实际上被监禁的时间除以调查时的年龄，它是衡量刑罚特殊预防效果的重要指标。实际被监禁的时间长短，反映的是行为人被判处刑罚的尺度、服刑的次数及其服刑表现的好坏。2006年笔者的一个实证研究发现，再犯的平均被监禁的时间是9年，到问卷时，平均年龄是36岁。那么，再犯的平均监禁压力就是0.25。也就是说，到问卷时再犯生命的几乎1/4是在监禁中度过的。如果从具备完全刑事责任能力的年龄（16周岁）到调查时的平均年龄来算，那么，再犯从16周岁起平均45%的时间是在监狱中度过的。<sup>〔40〕</sup>这种长期的监禁对再犯行为人的生活境况并没有建设性的影响，所积累的只能是再社会化上的障碍。

北京市监狱管理局的普查数据显示，2003年在押的所有再犯中，47.1%被判10年以下有期徒刑

〔38〕 前引〔3〕，Fan书，第169页，第205页。

〔39〕 关于毒品再犯和累犯竞合时的处理，是有争议的：一种观点认为，应仅按累犯从重处罚（参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，中国法制出版社1999年版，第492页）；另一种观点认为，应按再犯和累犯的规定双重从重处罚。笔者认为，与一般累犯的成立条件不同，毒品再犯强调的是行为人前后所犯的都是毒品犯罪的专业化倾向；毒品再犯是特别的累犯形式，相对于一般累犯的规定，毒品再犯的规定是特别法，根据特别法优于一般法的规则，对于毒品再犯只能一次性适用再犯从重的规定，不应再适用一般累犯的规定。

〔40〕 前引〔3〕，Fan书，第207页。

徒刑, 52.9%被判10年以上监禁刑; 上海提篮桥男子监狱2005年再次犯罪(N=698)的普查数据显示, 被判处10年以上有期徒刑的占42.3%, 被判处无期徒刑的占20.3%, 被判处死缓的占16.6%。甘肃省监狱管理局的调研数据显示, 2010年全省在押被判处10年以上有期徒刑直到死缓的再犯比例占所有在押再犯总数(N=4358)的69.5%。<sup>[41]</sup>再犯被判长期监禁刑的比例很大。相对于短、中期监禁刑, 对于再犯行为人来说, 多次和长期的监禁造成的严重自卑感和所积累的内心紧张, 以及对于漫长刑期的绝望, 容易导致自杀、自残倾向或者人格变态、性变态。这可以看作是检测监禁严酷性的一个重要指标。从比较的角度看, 德国2000—2004年间, 囚犯自杀率在10万分之50—60, 普通居民该时期的自杀率是10万分之14; 我国的囚犯自杀率长期回落, 几近于0, 而根据世界卫生组织公布的数据, 2002—2004年间, 我国普通居民的自杀率是10万分之22; 普通居民高于囚犯自杀率与德国的情况刚好相反。我国监狱拥挤和高度监控, 没有自杀的机会是一个原因; 自杀率影响监狱工作的考评, 是第二个原因。问题是, 一方面, 长期监禁刑的再犯比例很大, 另一方面, 如果根本没有自杀的机会, 囚犯心理变态和患监狱综合症的几率就可能很高。甘肃省酒泉市监狱的一个数据就很能说明问题。该监狱鉴定确认的患有精神病的囚犯有18人, 疑似精神病的有6个, 占在押犯的1%。<sup>[42]</sup>根据犯罪学实证研究发现, 再犯的自杀或未遂自杀率比初犯要高出6倍。<sup>[43]</sup>此外, 从在押再犯和初犯的年龄结构看, 绝大部分人的年龄都在20—45岁之间, 都有着对性的正常生理需求, 但是, 监禁尤其是长期监禁以及它所产生的负效应(遭遇离婚), 使得性需求得不到正常的满足, 造成的性压抑长期累积, 会对囚犯的心理、性生理和性取向造成严重的病态反应。<sup>[44]</sup>

#### 7. 数罪并罚规则上的问题

数罪并罚是针对实质竞合的量刑规则, 而实质竞合的前提首先是一个行为人有数个行为, 其次是这数个行为存在同时并案审理的可能性。<sup>[45]</sup>因此, 数罪并罚的量刑规则不仅取决于刑事实体法, 也取决于刑事程序法。我国刑法第69—71条对原罪、漏罪和新罪的数罪并罚做了实体规定, 但是, 在刑事程序法上并没有并案审理的前提条件的明确规范。第69条规定了原罪是数罪的情况下, 除了死刑和无期徒刑外, 其他刑种构成总和自由刑的, 采取限制加重的并罚原则。从方法上看, 首先, 对数罪的具体犯罪行为科处各自的具体刑罚; 然后, 确定具体刑罚中最重的刑罚作为起始刑, 即所谓的“数刑中最高刑期”。最后是根据加重原则确定总和刑的上限。我国刑法设定了双重上限。其一是相对上限, 即数刑“总和刑期以下”; 其二是绝对上限, 总和刑是有期徒刑的情况下, “最高不能超过20年”。这样, 总和自由刑作为一种特殊的量刑, 只能在起始刑以上、绝对上限以下的刑罚幅度内确定; 在相对上限不超过绝对上限的情况下, 只能在起始刑以上、相对上限以下的刑罚幅度内确定。在这个特殊的量刑幅度内, 最后的总和自由刑, 法律规定由法官酌定。如果确定总和自由刑时量刑的根据仍然是我国刑法第61条的法定量刑根据: 犯

[41] 参见前引[26], 甘肃省监狱管理局课题组文, 第695页。

[42] 参见中国法学会刑法学研究会2010年年会《会议简报》第3期(2010年9月12日印行)。

[43] 前引[3], Fan书, 第244页。

[44] 参见马立骥:《在押犯性问题调查与教育改造对策》,《青少年犯罪问题》2009年第3期。

[45] 实质竞合并案审理的前提是:(1)同一行为人实施两个以上的独立犯罪;(2)行为人必须出于数个犯意而实施了数个行为(属于行为复数);(3)数行为必须是在裁判确定前实施。所犯数个行为必须能够在同一诉讼程序中并案裁判, 若数行为分别涉及普通法院管辖和非普通法院管辖, 自无实质竞合可言。观察我国刑法上的关于数罪并罚的规定, 第71条规定的并罚, 并不是典型的本该纳入一个审理程序的情形, 因而, 不应该是数罪并罚意义上一个程序应该解决的问题, 而是一个与原来程序无关的新的程序中需要解决的新问题, 这个新罪与原来的罪, 不存在实质竞合而本该并案审理、在一个判决中做出量刑。因而, 第71条的规定, 不应该是数罪并罚的问题, 而应该是撤销假释, 与余刑合并执行的问题。

罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，<sup>[46]</sup> 因为，这些根据在量定具体数罪的各具体刑罚时，给予了考虑，如果再次考虑的话，肯定就有对同一行为的客观方面做双重评价之嫌；如果确定总和自由刑的量刑根据不是刑法第 61 条，那么，总和自由刑的量刑根据到底是什么？

刑法第 70 条和第 71 条分别对漏罪和新罪的并罚，规定了不同的并罚公式：“先加后减”和“先减后加”。原判宣告生效后、执行完毕前，对于发现的在追诉时效内的漏罪，应当独立做出新的判决，如果两个判决都是有期徒刑，那么，对两个判决所判处的刑罚，就要确定最高刑期以上和总和刑期以下（或者绝对上限以下）的刑罚幅度，最终在该幅度内酌定一个执行刑期。这个总和刑期确定后，减去已经执行了的刑期，就是漏罪的“先加后减”。先后判决都判有期徒刑的情况下，漏罪并罚后的总和刑期的实际执行，绝对不会超过数罪并罚的有期徒刑的 20 年绝对上限。对于新罪，法律要求对其做出新的判决，如果先后判决都是有期徒刑，就要对前罪没有执行的刑罚和后面的新罪所判处的刑罚，确定最高刑期以上和总和刑期以下的刑罚幅度，在该幅度内酌定一个重新开始起算的不超过 20 年的新的执行刑期。这就是新罪的“先减后加”。使用“先减后加”的并罚公式，犯罪行为人的实际服刑时间，很可能会超过有期徒刑并罚的 20 年绝对上限。这样，有期徒刑、无期徒刑和死缓，从犯罪行为人实际服刑时间上来看，都有可能在 20 年以上，这三种刑罚对于犯罪行为人来说，就没有什么明显差别。法律对新罪的从严惩处，就使得有期徒刑情况下“限制加重”的并罚原则所设定的绝对上限，出现了相对化的问题。

#### 8. 绝对刑罚理论指导下的刑罚结构

根据有绝对和相对之分的刑罚理论，国家刑罚可以分为报应和预防两种取向。报应性的刑罚虽然能够满足“自然”的公正感，但是，它不能明显地实现积极的社会目的，刑罚作为世俗社会的一种制度，很难在报应思想上取得正当性。相反，预防性的刑罚借助其建立在预防思想上的社会目的，就容易获得正当性。<sup>[47]</sup> 因此，只有相对理论才称得上刑罚的目的理论。只有对已知的犯罪原因施加影响，使其得到改变，从刑罚目的理论中推导出来的刑罚，才可能减少继续实施犯罪的概率。发现并列举犯罪的原因是犯罪学理论的重要任务。因此，任何刑罚目的理论必须建立在一定的犯罪学理论之上。而绝对的刑罚理论的核心思想是：行为人受刑罚处罚的权利和义务，只能从所实施过的不法中推导出来，这样，刑罚对于犯罪必定是适当的。<sup>[48]</sup> 绝对刑罚理论根本不需要考虑犯罪的原因究竟是什么。

我国现行的刑罚体系和结构，体现的正是这种不考虑犯罪原因的绝对刑罚精神。死刑制度和绝对死刑规范，对于要适用的行为人来说，没有任何预防的意义可言，是纯粹的报应；但是，如果立法者仅仅希望这种刑罚能够以赎抵罪责的报应达到一般预防的目的，则这种功能化的刑罚安排，往往会让个人成为“以儆效尤”的工具，使得刑罚面临这样的危险：为了长治久安的公共福利，而牺牲对于个人的公正。因为这种报应刑的安排，只是片面地考虑个体对社会的危害，而不考虑社会对于个体选择犯罪行为的制度责任。罚金刑与自由刑的并科，罚金刑的适用范围没有限制在中等严重程度以下的犯罪上，根本没有做出有利于行为人的再社会化的考虑，违背了罚金刑制度的理性刑事政策目的；罚金刑的科处不考虑行为人的经济状况和支付能力，而仅仅根据“犯罪情节”，大量采用无限额罚金制等，充分反映出我国罚金刑的报应本质。追缴与没收财产刑的

[46] 立法者不是把行为人的罪责，而只是把行为的客观方面确定为法官量刑的根据或者基础。总和自由刑大多是在不考虑行为人人格和各具体犯罪之间的关系的综合评价下，机械或随意做出的。总和自由刑的量刑根据和前面提到的死刑的适用标准，以及一般的量刑根据，体现的是没有刑罚个别化考虑空间的报应主义刑罚本质。

[47] Hassemer, Freiheitliches Strafrecht, 2001 S. 103; Weigend, Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tat schuld orientieren?, In: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 199.

[48] Hermann, Die Kompatibilität zwischen normativen Straftheorien und Kriminalitätstheorien, GA 1993, S. 520.

功能性重叠,刑种选择范围宽泛,多个重刑刑种的威慑,主刑和附加刑的双重或多重打击,不考虑再犯发生的实际原因的“必须从重处罚”,把刑罚执行完毕前的新罪按数罪并罚来处理,使得“限制加重”的并罚绝对上限出现了相对化的现象,在量刑原则中没有确立“禁止双重评价”的规则,所有这些,说明我国刑罚结构的设计接受的是绝对刑罚理论的指导。

### 三、刑罚适用结构、狱内刑期结构与监禁率、惩罚指数

自由刑在刑罚体系<sup>[49]</sup>中的支柱地位,在司法实务中显得特别突出。我国审判机关所判处的刑罚总数中,监禁刑占绝对多数;<sup>[50]</sup>法官判处中长期监禁刑(5年以上监禁刑直到死缓)的罪犯数量占判处监禁刑罪犯总数的比例也相当高(表9)。

表9:我国法院适用监禁刑以及5年以上监禁刑的比例(1996、2003—2007年度)

年份	所判罪犯总数	被判监禁刑的罪犯数	被判监禁刑的罪犯占所有所判罪犯的比例	被判5年以上监禁刑的罪犯数	被判5年以上监禁刑的罪犯占被判监禁刑的罪犯比例
1996年	719348	614323	85.4%	265293	43.2%
2003年	730355	516553	70.7%	158562	30.7%
2004年	752241	509249	67.7%	146237	28.7%
2005年	829238	546017	65.8%	150878	27.6%
2006年	889042	563295	63.4%	153724	27.3%
2007年	931739	581488	62.4%	151378	26.0%

数据来源:《中国法律年鉴》,其中的两个比率是根据基础数据计算出来的。监禁刑在这里指有期徒刑、无期徒刑和死缓。这里的数据不包括被判处拘役的人数。如果把这部分人数纳入计算,那么,被判监禁刑的比例还会增加。

司法机关也清醒地意识到了自由刑本身存在的问题。尽管近年来在努力逐年减少监禁刑和5年以上中长期监禁刑的适用比例,但是,在改革死刑核准程序、切实完善非法证据排除规则和不断提高证明标准的背景下,死刑的适用得到明显的严格控制,大多数原本必须立即执行死刑的罪犯,如今越来越多地被长期监禁起来。刑事司法上的这种积极表现,短时期内不会明显改变我国法院在自由刑适用上的持续用“重典”的突出特征。

长期用“重典”的刑事司法实务,也决定了我国监狱内的刑期结构。2002年浙江省监狱管理局的普查数据显示,所有在押犯的37%被判处了5年以下有期徒刑,27.7%被判处了5—10年有期徒刑,34.7%被判处了10年以上有期徒刑,0.6%被判处了无期徒刑和死缓。而北京监狱管理局2005年底的普查显示,所有在押犯(N=14507)的15.2%被判处了5年以下有期徒刑,22.7%被判处了5—10年有期徒刑,62%被判处了10年以上自由刑。2010年2月底,对浙江省监狱的囚犯抽样数据显示,1万1千个样本中,32%的囚犯被判处10年以上有期徒刑(3528人),12%的囚犯被判处无期徒刑(1336人),7.6%的囚犯被判处了死缓(836人)。被判处5年以上有期徒刑直到死缓的囚犯(8588人)比例占到了78.1%;10年以上有期徒刑、无期徒刑和死缓

[49] 刑罚体系是指刑法所规定的所有刑罚种类,按照其特性、功能和强度,形成确定的排列顺序(“刑罚梯度”),进而构成刑种之间相互关联、可互补替代、完整统一的有机结构。

[50] 最高人民法院有关负责人透露,2009年全国非监禁刑的适用率达到了30.89%(中国法学会刑法学研究会2010年年会《会议简报》第1期(2010年9月11日印行))。也就是说,该年度监禁刑的适用率还保持在几乎69.1%。

的囚犯比例占到了 51.8%。由此，保守估计，目前全国的在押犯中，被判处 5 年以上有期徒刑直至死缓的比例，几乎占到在押囚犯的 80%；超过半数的囚犯被判处了 10 年以上的重刑。重刑判决逐年长期累积形成的这种狱内刑期结构，不仅给监狱的收容能力造成压力，而且也是我国监禁率持续升高的原因。司法部预防犯罪研究所的一份研究报告指出，2006 年实际的超容数已达到 24 万人；根据《中国统计年鉴》给出的数据计算，2005 年底，我国的关押率（包括逮捕羁押）达到了 10 万分之 175，监禁率达到 10 万分之 120。按照 2008 年 10 月底我国监狱在押犯达到 161 万人<sup>[51]</sup>来计算，监禁率目前已升高到 10 万分之 124。监禁率不到 3 年时间增幅就达 10 万分之 4。

2006 年，作者的实证抽样研究发现，超过 5 年刑期的大城市监狱的囚犯几乎占到囚犯总数的 76%。结合前面提到的普查数据和抽样数据，可以发现，我国的犯罪行为人常常容易被科处比较长的监禁刑；被判处中长刑期的囚犯在监狱中执行刑期过长（尽管大量适用了减刑），长期滞留累积，所占的比例越来越大。其中最为突出的是判处了 10—15 年有期徒刑和判处了无期徒刑（一般执行 22 年）—死缓（一般执行 24 年）的两组人群（图 1）。<sup>[52]</sup> 尽管最高法院的有关负责人说，“1995 年以来法官适用非监禁刑的比例从不足 14.56% 上升到了 2009 年的 30.89%，法官判处比较长的刑期的比例近年来也在逐年减少”，<sup>[53]</sup> 但是，“轻罪依法轻判、重罪依法严惩”的两极化司法政策要求，对轻罪扩大非监禁刑的适用，对严重危害社会秩序的犯罪加大重刑的适用率；<sup>[54]</sup> 而且，新近的修法明确限制对判处死缓的囚犯的再次减刑：2 年缓刑期满，没有故意犯罪，减为无期；确有重大立功表现，减为 25 年有期（废除原来的 15 到 20 年的减刑幅度，提高并确定为 25 年）；

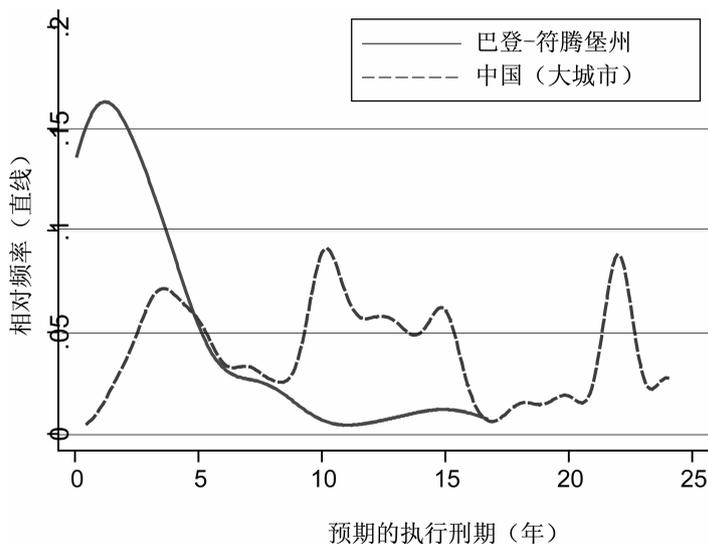


图 1: 2006 年 3 月份我国部分大城市监狱囚犯的刑期结构

[51] 参见邵雷：《司法部监狱管理局 2008 年工作总结和 2009 年工作计划》，《中国监狱》2008 年第 6 期；转引自吴宗宪：《监禁刑执行中的法律监督》，载陈泽宪主编：《刑事法前沿》第 5 卷，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 297 页。

[52] 前引 [3]，Fan 书，第 42 页以下。从图 1 的比较中，我们可以看到：在巴—符州（2006），5 年以下短期自由刑占所有自由刑的份额总体上很高，足有 85%。相应地，长期自由刑通常只占很小一部分。因此，可以反向推导出德国法官的刑罚适用规律：刑期越长的制裁，越是很少科处。数据显示，2003 年，德国只有 160 人被判 10 年以上 15 年以下的自由刑，80 人被判终身监禁。Statistisches Bundesamt: Strafverfolgung 2003. Wiesbaden 2004, S. 140.

[53] 参见前引 [50]，《会议简报》第 1 期。

[54] 参见同上引。这种两极化的司法政策是违背“宽严相济”刑事政策要求的。因为“宽严相济”的要求除罪行相当的应有之义外，最有意义的是应该强调“该重而可轻”，即如果某种犯罪行为本身性质比较严重，但如果存在“法内”的宽恕事由，则可给予宽缓的处理。

死缓累犯和8种暴力犯罪的死缓罪犯一次减刑后,严格限制其再减。明确规定死缓减为无期后,实际执行刑期不得低于25年,减为25年有期徒刑的,实际执行刑期不得低于20年。被判无期徒刑的减刑,在实际执行13年(原来是10年)以后才予以考虑。修法还延长有期徒刑数罪并罚的刑期到25年。限制重罪重刑的减刑和延长有期徒刑数罪并罚刑期,如此一来,长时期内我国监狱囚犯的重刑比例特别大的刑期结构,就将不会有大的积极的改变,甚至长期监禁刑的比例还有继续加大的可能,<sup>[55]</sup> 超容关押和监禁率的持续快速升高的问题会更加突出。

从国际层面的比较<sup>[56]</sup>来看,也可以看到,我国刑事司法和监禁刑上表现出“重典”特征。终身监禁刑的囚犯数,在德国(每年的抽样日:31.3)从1977年的989人上升到了1991年的1177人。从1992年的1307人增长到2004年的1800人。<sup>[57]</sup>2004年,每10万德国居民的终身监禁率<sup>[58]</sup>大约是2.2。日本的终身监禁的囚犯数,从1996年的34人上升到2005年的134人,<sup>[59]</sup>2004、2005年每10万日本居民的终身监禁率大约是0.1。2002年,终身监禁刑的囚犯在监狱平均服刑的时间德国大约是16年;<sup>[60]</sup>日本是23.4年。<sup>[61]</sup>与此形成鲜明对比的是,在我国,截止2006年底,北京市在押的原判死缓的有950人,原判无期徒刑的有1590人,占在押总数的19.3%。<sup>[62]</sup>2006年北京每10万居民的终身监禁率<sup>[63]</sup>为21.2。2010年浙江的抽样数据显示,在押的原判死缓的有836人,原判无期徒刑的1336人,占总样本的19.7%。如果原判死缓和原判无期徒刑的人数以占在押总数19%的比例来计算,那么,2008年我国大陆每10万居民的无期徒刑的监禁率<sup>[64]</sup>大致就是23.5。

一个国家犯罪控制对刑罚的倚重程度,还可以用惩罚指数来测量(表10)。近年来,我国惩罚指数的变化,由于数据获取的困难,可以通过观察监禁人数分别占批捕、起诉和判刑人数的比例的变化,作这样的参照评估(表11):总体看来,批捕、起诉、判刑、监禁的绝对人数在逐年增长;比较监禁指标与其他三个指标的比例变化,惩罚指数虽在逐年减小,但是减幅不大,惩罚指数还是出奇的高,犯罪控制仍然高度倚重监禁刑罚。

[55] 2007年11月23日《法制日报》报道,死刑立即执行案件核准权收归最高人民法院的第一年,判处死缓的人数,多年来首次超过了判处死刑立即执行的人数。这说明,在着力减少死刑立即执行人数的核准制度前提下,死刑案件中判处死刑立即执行不予核准而改为死缓的人数可能会越来越多,也就是说,过去原本会被执行死刑的人,如今会越来越多地被长期监禁。这部分人的不断增加,会不断增大长期监禁刑的适用比例。

[56] Kindhaeuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., 2005, S. 1326. Rn. 28. 以判处的终身自由刑(相当于无期徒刑)为例,1983年每10万居民的终身自由刑判处率,荷兰是0,挪威是0.15,瑞典是0.2,丹麦是0.4,意大利是0.4,爱尔兰是0.5,法国是0.7,德国是1.6,希腊是1.6,奥地利是1.7,比利时是2.0,英格兰/威尔士是3.6。但是,要注意,在英格兰/威尔士终身自由刑的适用虽然比较多,但其实际平均执行刑期却在15年以下。

[57] Statistisches Bundesamt: Rechtspflege. Fachserie 10. Strafvollzug. Wiesbaden 1997-2004.

[58] 2004年德国每10万居民的终身监禁率等于:1774/82536700。

[59] 2004年日本每10万居民的终身监禁率等于:115/127760000。Vgl. Yoshida, Problems Associated with Harsher Sanctioning Trends in Returning to More Severe Punishment in Japan. In: H. Kury (Hrsg.), Fear of Crime - Punitivity. New Developments in Theory and Research. 2008, S. 404f.

[60] Kröninger, Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus - Dauer und Gründe der Beendigung - 2002. Kriminologische Zentralstelle: Wiesbaden 2002. 我国北京地区监狱的无期徒刑的囚犯的实际服刑时间为15.5年(186个月),与德国终身监禁的囚犯平均服刑时间相当。

[61] 前引[59], Yoshida文,第413页。

[62] 参见宋红伟:《对重刑犯及累犯适用减刑的实证研究》,《犯罪与改造研究》2009年第5期。

[63] 根据北京市公安局、劳动和社会保障局、民政局共同编制的《2006年老年人口信息和老龄事业发展状况报告》,2006年底北京户籍总人口是1197.6万人。那么,2006年北京每10万居民的终身监禁率就等于:2540/11976000。

[64] 2008年底,我国在押囚犯共计161万;每10万居民的终身监禁率就等于:1610000 \* 0.19/1300000000。

表 10：几个重要国家的惩罚指数〔65〕

国家	监禁率 <sup>a</sup>	犯罪率 <sup>b</sup>	惩罚指数 <sup>c</sup>	国家	监禁率 <sup>a</sup>	犯罪率 <sup>b</sup>	惩罚指数 <sup>c</sup>
中国(1993)	107	140	76.4	法国(1993)	89	5894	1.5
俄国(1993)	566	1876	30.2	加拿大(1993)	114	9856	1.2
美国(1994)	582	5374	10.8	德国(1993)	81	8337	1.0
日本(1993)	40	1444	2.8	英国(1993)	90	10845	0.8

a. 每 10 万居民人口中的囚犯数；b. 每 10 万居民人口中的犯罪数；c. 第一栏中的囚犯数除以第二栏中的犯罪数再乘以 100。

表 11：惩罚指数的总体发展趋势（绝对数）和相对惩罚指数（监禁的比例）

年度	批捕(人)	起诉(人)	判刑(人)	监禁刑	监禁/批捕%	监禁/起诉%	监禁/判刑%
2003	748756	793092	730355	516553	69.0	65.1	70.7
2004	811102	867186	752241	509249	62.8	58.7	67.7
2005	860372	950804	829238	546017	63.5	57.4	65.8
2006	891620	999086	889042	563295	63.2	56.4	63.4
2007	920766	1082487	931739	581488	63.2	53.7	62.4
2008	952583	1143897	1007304	695369	73.0	60.8	69.0
2009	941091	1134380	997000	688927	73.2	60.7	69.1

数据来源：最高人民检察院和最高人民法院 2008—2011 年年度工作报告。

#### 四、缓刑、减刑、假释制度的适用障碍

把罪犯关进监狱后扔掉监门钥匙的论调，〔66〕违背刑事政策的人道主义原则，〔67〕是值得警惕的纯报应主义的意识形态。刑罚执行的首要目标是囚犯的再社会化。再社会化这个刑罚执行的首要目标来自我国宪法第 1 条的社会主义国家的国家义务：既不能把人贬低为刑罚的客体，也不能把他看作没有希望的人而予以放弃，而应该积极培养囚犯过上负责任的生活的技能和意愿。因此，所有囚犯在宪法上都享有保障其再社会化的请求权。

为保障囚犯的再社会化权利，避免监禁刑给囚犯造成不利于其再社会化的“污点效应”和“旋转门效应”，〔68〕以及从刑法经济原则出发，缓解监狱收容压力和解决高度的监禁率问题，〔69〕刑法对监禁刑规定了缓刑、减刑和假释三条救济出路。缓刑是法庭科处自由刑，但可不予执行而

〔65〕 前引〔2〕，Kury 等文，第 127 页。

〔66〕 这种论调，表现在设想用无期徒刑替代死刑的观点和对无期徒刑进行改革的论争中，其中提到的设立（无假释可能的）绝对无期徒刑来替代死刑，无异于用对行为人的“活埋”来取代“大辟”，是违反刑事政策的人道主义原则的绝对刑罚观。最近的文献，详细参阅袁彬：《死刑替代措施的模式及其立法选择》，前引〔10〕，陈泽宪等主编书，第 766 页以下；王志祥、何恒攀：《论我国终身自由刑制度的改革》，同上书，第 389 页以下。

〔67〕 刑事政策的人道主义原则对国家有两个方面的要求：一方面，国家要有效地防止犯罪行为对于个人法益和整体法益的重大侵害；另一方面国家还负有这样的义务：对于即便是粗暴地践踏人类共同生活使命的人，仍然要以公民和生活在社会共同体的人类平等一员予以对待，并且要致力于使其重新回归和融入共同体。Vgl. Weigend, Einführung für das Strafgesetzbuch, 41. Aufl., 2005, S. X.

〔68〕 犯罪学实证研究发现，犯罪行为人由于其受刑罚处罚的严厉性和多次监禁所累积的负效应，容易把罪犯角色接纳为自我形象，在犯罪生涯内驱力的作用下，积极实现自我角色，陷入一种无力自拔的价值观，而成为其以前监禁生活的人质。“犯罪—监禁—再犯”这么一种不断循环的“旋转门”现象是其主要的生活方式。

〔69〕 这个问题的解决通常有两种策略：尽量扩大非监禁刑的适用，减少入监量；尽量降低平均实际服刑时间和扩大假释范围，增大出监量。

交付考验,这样就完全省略了监禁刑的执行,以避免短期自由刑之弊。减刑和假释都是刑罚监禁执行一部分后,予以减轻或者把剩余的部分刑期交付考验,这两种制度会让囚犯提前释放,以救济长期自由刑之害。但是,减刑是无条件的提前释放,而假释是有条件的提前释放。减刑包括刑罚种类的减等或者刑期的改变,<sup>[70]</sup>因而是不同于假释的刑罚修正,应当适用不同于假释的程序。<sup>[71]</sup>按照法律规定,提前释放的形式可以是减刑,可以是假释,也可以是先减刑后假释。

在我国刑罚的执行实务中,最常见的出狱形式是刑满释放和减刑释放,1998年到2005年的8年间,北京地区的囚犯假释率,从趋势上看有小幅增长,但是幅度很低,达到3%的比例很罕见;减刑率在29%和37%之间波动,减刑平均比例大约是34%。<sup>[72]</sup>司法部1996—2001年间全国假释数和假释率的统计数据<sup>[73]</sup>显示,7年间假释平均适用率在2.1%。2006年,全国的减刑比例有最低15%和最高44%之间的省份差别,平均减刑比例大致在30%。把我国的减刑和假释的法定下线和刑罚实际执行时间之间进行比较,可以发现,没有启用的减刑和假释空间还很大(表12)。

表 12: 2001 年和 2003 年北京释放人员实际服刑的平均长度

原判刑期(年/月)	5/60	10/120	15/180	20/240	无期	死缓
最低服刑期(月)	36	76	108	168	148	169
最高服刑期(月)	58	118	174	222	228	272
平均服刑期(月)	52	99	146	196	186	212
实际服刑比例:	87%	83%	81%	82%	71%	74%
实际服刑期/原判刑期	6/7	4/5	4/5	4/5	7/10	7/10
法定刑罚幅度的下限 <sup>[74]</sup> (月)	30	60	90	120	120	168

数据来源:根据宋红伟:《宽严相济刑事政策视野下的假释适用实证研究》,《中国刑事法杂志》2007年第6期,第68页以下的计算而来。无期徒刑一般执行最高刑期按22年计算;死缓一般执行的最高刑期按24年计算。

实证研究发现,假释相对于减刑,对于囚犯的再社会化来说,是负效应较小而有更大再犯预防效果的补充或者替代选项。<sup>[75]</sup>因而,实务之中有扩大适用假释的必要。但是,假释的扩大适

[70] 比如,根据刑法第50条,死缓可以减为无期徒刑或者25年有期徒刑;无期徒刑可以减为有期徒刑;第78条对减刑还设定了底线:被判处有期徒刑的情况下,一次或多次减刑不得使执行时间少于最初判处刑罚的1/2。判处无期徒刑的情况下,实际执行的刑期不得少于15年。

[71] 假释不是刑罚变更或修正,而是执行方式的改变。执行方式或者环境的改变,一方面属于司法行政权的管辖范围,另一方面,执行环境改变所要求的再犯预测根据是行为人的狱内服刑表现,表现如何,完全是由执行机构考察、核定的,因此,假释应由监狱长呈报司法部(局)核办,而不宜提请法院予以裁定。更何况,假释涉及到的撤销,也是收监执行和不收监执行的司法行政问题。如果假释期间犯罪而撤销假释的,则是属于涉嫌新罪的问题,涉及的不是继续执行原判之余刑,而关涉加重方向上的刑罚修正,需要启动新的刑事程序,自然不属司法行政的管辖。我国刑法第82条规定假释适用与减刑一样的程序,其合理性是值得怀疑的。

[72] 宋红伟:《宽严相济刑事政策视野下的假释适用实证研究》,《中国刑事法杂志》2007年第6期。

[73] 郭洁、孙倩:《我国假释制度完善研究》,前引[10],陈泽宪等主编书,第565页。

[74] 根据2011年修正前的刑法第78条第2款:减刑后实际执行的刑期,判处管制、拘役、有期徒刑的,不能低于原判刑期的1/2;判处无期徒刑的,不能少于10年。根据1997年11月8日起施行的最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第9条和第15条,对于死缓,经过一次或几次减刑后,实际执行刑期不得少于14年(含死刑缓期执行的2年)。

[75] 国际上许多研究对不同出狱方式的再犯率进行了比较分析。有研究比较假释释放和刑满释放的制裁效果发现,假释释放的比刑满释放的再犯率低了13%。有的学者分析德国和外国的研究,得出如下结论:假释释放的囚犯在考验期满后的5年内与刑满释放者相比,再犯的比率要小20%到40%。实证证据基础上的研究发现,假释的余刑在满足特定条件下继续收监执行的“紧箍咒效应”,通常使得假释在考验期内会发挥出比之减刑后无条件释放明显好得多的威慑——预防效果。因此,西方发达国家囚犯提前出狱的形式多是假释。20世纪60年代美国的假释率达到60%,70年代高达70%,尽管80年代下降到了50%,90年代还保持在40%。

用，受制于法官的再犯预测义务的履行水平和监狱的假释意愿。

缓刑和假释不同于减刑，它们不是对刑罚的修正，而是刑罚立即执行与否的选择或者执行环境的变更，涉及到对行为人在未来自由状态下的考验，因此，立法者对于减刑不要求法院进行再犯预测，而在适用缓刑和假释的规范前提上却赋予了法院再犯预测的义务。因此，提高缓刑和假释的适用率，就必定取决于三个方面的要求：预测依据的法定要素的要求、再犯预测概率上的法定要求和法官的再犯预测水平。

首先，根据刑法的规定，缓刑和假释预测所依据的要素明显是不同的。缓刑的预测根据，法律所要求的是行为人的“犯罪情节和悔罪表现”；而假释的预测根据是行为人“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现”。这里，“悔罪”不同于“悔改”。前者是对于犯下的罪行，认识到错误并表现出懊悔；而后者不仅要求有悔罪的表现，还要求在相当长时间的刑罚执行中，行为人一贯表现出改正自己行为的决意。法律要求拟假释的囚犯的“悔改表现”不是假象，通过观察和评估，要达到“确有”的程度。再者，假释是刑罚执行的变更，影响这种变更必要性的因素，实务中关键是要看行为人在刑罚执行中的悔改表现，而不应该是过去的犯罪情节。犯罪情节在过去量刑的时候，已经进行过评价；在刑罚执行阶段，由于工作的重心已从原来侧重行为罪责报应的量刑，转移到了行为人的再社会化，在执行了法定的刑期、决定假释的时候，就不应该再考虑过去的犯罪情节所表现出的行为罪责。而且，过去的犯罪情节不能决定罪犯在执行中的表现，罪犯的严重犯罪情节，也并不意味着他在刑罚执行过程中不会有悔改表现。<sup>[76]</sup>而过去的犯罪情节在决定缓刑时必须考虑，恰恰是合理的，因为犯罪情节决定着进入刑罚执行是否必要。另外，“悔改表现”是行为人在监狱中的服刑态度，对于这种态度要谨慎评估，因为，能够很好地适应监狱生活和根本不能适应监狱生活，这两种情况所反映的行为人的社会生活能力，同样都不能充分说明行为人将来在自由状态下，必定不会继续实施犯罪或者必定会继续实施犯罪。

其次，适用缓刑和假释的积极预测的高度上的要求应该不同。因为，前者的预测要求行为人将来极可能不继续实施犯罪行为，因而不必要进入监狱、立即执行刑罚；而后者要求，只要在执行部分刑罚后，即便有对行为人不明确的预测，例如再犯和不再犯的概率各50%的情况下，也可以假释。适用缓刑的积极预测要求达到的概率高度，应该高于可以假释的积极预测的概率高度。因此，《刑法修正案八》之前，缓刑的“不致再危害社会”的预测要求达到“确实”的程度，而假释的预测要求并没有“确实”的预测要求。但是，《刑法修正案八》把对行为人适用假释和缓刑的积极预测的概率要求，提到了同样的高度，即绝对“没有再犯罪的危险”，这就明显提高了适用假释在积极预测上的门槛，自然会限制实务中假释的大量适用。

再次，假释适用率的高低，取决于法官的再犯预测水平。刑法要求法官对囚犯达到“认为其没有再犯罪的危险”，即法官确信拟假释的囚犯将来不会再犯罪。刑法使用了“危险”这个概念，那就说明，对于个体预测，只能期待的是概率上的预测。因为完全准确可靠的预测，从目前的认识论发展水平上来看，是不可能的；而危险概念并不排除概率上的高低分级。另外，犯罪学研究发现，较长时期的监禁刑后的再犯危险，并不能被完全排除，只可能是或多或少地予以降低；假释前的再犯预测是犯罪学上迄今最没有把握的预测。<sup>[77]</sup>实证的预测水平根本达不到确定“没有再犯罪危险”的要求，因此，刑法提出的预测标准是过高了。如果对预测准确性的要求过高，假释的适用就变得几乎是不可能的。还有，预测也可能出现错误。比如，做预测时，对于有没有再

[76] 参见李希慧：《假释制度完善若干问题之探讨》，前引〔51〕，陈泽宪主编书，第32页。

[77] Schöch, Kriminalprognose, in: H. - J. Schneider (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie, 2007, S. 389.

犯罪危险存在疑问时,法官总会认为存在持续的犯罪风险,那么,对犯罪风险就会存在高估的可能性(即“false positive”问题)。但是,这种对再犯罪风险的高估,可能就是一个错误。不过,这个高估的危险,是不是一个真正的错误,是从来没有办法证明的。当然,如果顾忌预测错误而不去冒险,虽然可能不做事在公众眼中也就不会犯任何错误。但是,这可能让国家和囚犯本人多付出数年的监禁成本。<sup>[78]</sup>

此外,还要考虑到,监狱方面是否愿意对囚犯提请假释。因为,作为考核监狱管理水平的重要指标之一是囚犯服刑期间再犯罪率,如果刑满释放,再次犯罪,就不会是服刑期间的再次犯罪;如果假释出狱,即便是在狱外再次犯罪,由于刑罚没有执行完毕而属于服刑期间的再次犯罪。因此,如果剩余刑期不多,监狱可能会对于囚犯宁可劝其服满刑期也不愿为其提请假释。如果假释不能符合立法者的目的,成功地替代对这类囚犯的减刑,而造成“出口”不畅,那么,实务中无疑会强化既有的重刑效应:年度平均监禁刑期的持续升高,长期刑的囚犯人数持续大幅累积。

## 五、刑罚严厉性与犯罪控制

实证研究发现,严厉的刑罚与不怎么严厉的刑罚相比,在预防犯罪上并没有明显的差别,而且严厉的刑罚对于行为人会产生不必要的过度痛苦。此外,经济的、社会的、个人的和即时情景的大量因素,对于产生犯罪和持续犯罪都有着重要的影响,而这些因素通常存在于刑法制度的影响范围之外,也就是说,刑法制度并不能积极地影响这些因素。刑罚的严厉性和犯罪的发展态势之间没有任何关系。<sup>[79]</sup>但是,公众和政治家习惯于把刑罚的功能简单并且片面地理解为一般性的威慑,每当一段时期犯罪率上升、公民安全感降低、社会治安形势恶化的时候,他们习惯于把问题错误地归咎于公检法机关的“打击不力”上。为避免“打击不力”的指责,公检法机关安排了一轮又一轮的“严打”和“专项斗争”。因此,尽管1983年8月到1984年3月底,“严打”初期的8个月时间,法院就判处了64.9万人,<sup>[80]</sup>实现了1985—1986年社会治安秩序和社会风气的明显好转,<sup>[81]</sup>但是,仅仅依靠退守于一般预防的刑法,在遏制犯罪发展势头上,是否能够长时期事实上功能性地起作用,是值得怀疑的。根据1986—1989年最高法院年度工作报告公布的数据,可以发现,尽管“严打”前后的28个月对比,刑事发案数下降了35.9%,但是,“严打”期间的1985年刑事发案数比1984年增加了2.8万件,1987年比1986年刑事立案数增长4.3%;尽管1985—1987年间的刑事发案率<sup>[82]</sup>连续3年保持在万分之5左右的较低水平,但是,盗窃、诈骗案件在高压之下仍大量增加,重大、恶性刑事案件反而超常增长。尤其是青少年犯罪的增长最为突出,从1982年占有所有刑事案件的62.9%上升到1987年的74.4%。根据《中国法律年鉴》公布的数据,1985年法院判刑的罪犯人数是27.7万人,1995年达到了54.5万人,增长了97%;2008年法院判刑的人数是100.8万,比1985年增长了264%。从1983年8月以来的5届司法年

[78] 据权威人士保守估计,每个服刑人员每年需耗费国家财政拨款万元左右;江苏省对服刑人员的财政投入更是达到了每年人均2.7万元左右。参见前引[22],白建军文。

[79] Kury/Brandenstein/Yoshida, Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen - Zur neuen Punitivität im Ausländer, ZStW, 2009, S. 214.

[80] 这个数据是根据1984—1987年最高人民法院郑天翔院长所作《最高人民法院工作报告》公布的数据计算而来。

[81] 参见郑天翔所作1987年《最高人民法院工作报告》。

[82] 刑事案件发案率是指每年度依法侦查或确认的符合刑事案件立案标准的案件数与年平均人口的万分比,其公式为:刑事案件发案率=年刑事案件发案总数/该地年平均人口数\*10000。由于刑事案件发案率可以考察某一时间点上刑事犯罪对整个社会治安的危害和威胁程度,目前国际上较为通用。

度来看，第5届司法年度比第1届判刑人数增长了104%（表13）。

表 13：1983—2007 年五届  
司法年度法院判刑人数增幅比较

司法年度	判刑人数	比前届增长	增长倍数
1983.8—1987	2047347		
1988—1992	2438217	19.1%	1.2
1993—1997	2742133	12.5%	1.1
1998—2002	3220000	17.4%	1.2
2003—2007	4184000	29.9%	1.3

表 14：1988—2007 年公安机关  
立案侦查的四类暴力犯罪的发展

司法年度	杀人	伤害	抢劫	强奸	总数
1988—1992	96034	201696	358198	212504	868432
1993—1997	130770	342781	616392	216493	1306436
1998—2002	137302	574337	1390683	195030	2297352
2003—2007	103929	777335	1616602	174208	2672074

数据来源：根据相关年度的《中国法律年鉴》上的数据计算而来。

1979 年监狱囚犯人数是 62.1 万人，1984 年增长到 122.6 万人，增长了 94.4%；1990 年囚犯人数达到 125.1 万人，到 1996 年底达到 141.7 万人，比 1979 年增长了 128%；2005 年底囚犯人数是 156.6 万人，到了 2008 年 10 月底达到 161 万人，比 1979 年增长了 159%。近 30 年来，我国的人口政策使得人口结构出现了变化，最具犯罪活力的 14—30 岁之间人群的人口数在总体人口中的相对比例在不断减少；而侦破率从近 80% 降到了 40% 的较低水平，<sup>[83]</sup> 在这样的情况下，犯罪明数仍以平均每年 7.8% 的速度在强劲增长。<sup>[84]</sup> 2009 年，刑事案件立案数达到 530 万件，刑事发案率达到了万分之 40.8，是当年“严打”效果最好的 1985—1987 年间指标的近 8.2 倍，是建国以来治安最好的 1955—1965 年的（万分之 3—4）的 10.2—13.6 倍。这就是说，犯罪增长的势头并没有得到有效的遏制。

无论立法上刑罚规定多么严厉，司法上刑罚适用的力度多么强大，特别严重的犯罪的数量仍在大幅增长。观察 1988 年到 2007 年公安机关对杀人、伤害、抢劫和强奸四类暴力案件立案数据的变化，就能发现，暴力犯罪在大幅增长（表 14）。观察最高人民检察院和最高人民法院 1983—2007 年五个司法年度分别批捕、起诉和审结的爆炸、故意杀人、强奸、抢劫、绑架、故意重伤等严重暴力犯罪和黑社会性质组织犯罪（表 15），同样可以发现在惩罚主义的犯罪控制中，犯罪

表 15：特别严重的犯罪的增长幅度（1983—2007）

司法年度	批捕(人)	同比增长(%)	起诉(人)	同比增长(%)	审结(件)	同比增长(%)	判决(人)	同比增长(%)
1983—1987					684945		931093	
1988—1992	871922				750744	8.8	1107816	15.9
1993—1997	939422a		770065a		1022326b		1413051b	
1998—2002	411379		410511		1090000c		1610000c	14
2003—2007	906947	54.6	931876	55.9	1200000	10.9		

a. 其中还包括涉枪犯罪和毒品犯罪；b. 其中还包括危害国家安全犯罪、涉枪犯罪、毒品犯罪、拐卖妇女儿童犯罪等。c. 其中还包括盗窃、毒品犯罪、淫秽物品和非法出版物犯罪以及拐卖妇女儿童犯罪。以上数据来自最高人民法院工作报告。

[83] 根据《中国法律年鉴》，1981 年到 1986 年（1983 年缺失）我国公安机关刑事案件的总体破案率平均是 77%，1986 年后开始回落到 1988 年的 60% 左右，1988 年后上升至 1996 年的新峰值 80%；1996 年后开始大幅回落，直到 2000 年跌破 50%。2000—2009 年，我国公安机关刑事案件的总体破案率主要在 40—45% 之间波动。

[84] 参见赵国玲、王海涛：《改革治安警务模式的构想》，《中国刑事法杂志》2007 年第 2 期。

的总体罪行程度并没有趋轻,反而在不断加重。尤其是1998年到2007年这10年间,从批捕和起诉的数据看,表现在规模上的罪行严重程度翻了一番多。

## 六、结 论

刑法的特征和内在价值决定了它是社会控制最后诉诸的手段,肩负着的只能是重大而有限的任务;刑法对于社会的控制,也不是根本没有效果,只不过纯粹功能化取向的刑法对于社会控制的效果,肯定是最不理想的。但是,从1979年以来我国的刑事立法和司法要么忽视、要么遗忘了对于刑法的这种理解。从刑事立法和司法上的总体特征来看,我们的刑事政策显然高估了刑法影响人的行为的可能性,刑法保持着在功能化方向上的惯性,我国的犯罪控制存在着突出的惩罚主义结构特征。

2004年12月,我国的刑事政策开始了从“严打”向“宽严相济”的重大调整。宽严相济要求,“对刑事犯罪区别对待,做到既要有力打击和震慑犯罪,维护法制的严肃性,又要尽可能减少社会对抗,化消极因素为积极因素,实现法律效果与社会效果的统一”。<sup>〔85〕</sup>之后,最高人民法院和最高人民检察院各自提出了相应的体现“宽严相济”的刑事司法政策。观察对该政策内涵的多种解说,可以发现,与过去的政策截然不同,新的刑事政策的目标重心出现了转移:“最大限度地减少社会对立面”<sup>〔86〕</sup>,促进社会和谐。尽管这种调整显示出其不可忽视的进步意义,但是,也要看到,刑事政策的主导思想并没有发生实质性改变,和过去一样,它仍然强调的是积极的一般预防和强化规范效力(通过震慑来维护稳定),重视公众舆论和媒体影响司法的“社会效果”;着眼点并没有转移到防止个体的犯罪行为再犯并促进其再社会化的“人本”和“特殊预防”思想上来,政策的核心仍然是“安定团结”的社会公共利益和“促进和谐”的政治利益。我们知道,公共秩序利益和政治利益的实现,往往是以不惜一切代价和不择手段为原则,完全受这样的原则所左右的刑事政策,要么造成过高成本的社会控制,要么造成不人道的过度社会控制,要么兼而有之。因此,刑事政策不应当过多地受到公共利益和政治利益左右,而应该在犯罪学扎实可靠的实证研究基础之上,确立刑事政策在罪责、法治、人道基本原则约束下的公正和理性的新目标。在理性的刑事政策还不到位,指导刑罚体系和结构的绝对刑罚理论还没有做出重大调整之前,刑事立法和刑事司法、执法上的重刑主义的突出问题仍然会持续存在。

相关实证研究表明,依赖惩罚主义来抑制增长的犯罪率和控制犯罪在整体罪行严重程度上的发展是无效的。严厉的处罚非但不能防止犯罪,而且会给应受处罚的人累积起再社会化的障碍,导致罪因性环境形成,加剧其再犯。

惩罚主义取向的刑事政策、刑罚制度及其实践,会让公民为安全付出高昂的代价。正如有的学者所指出:“毫不妥协的监禁可能会换来免遭犯罪威胁的持久安全,这样的期待和迷思,需要清醒了。必须使政治家和公民清楚,社会将会为失误的刑事政策在诸多方面付出多么大的代价。为贯彻非理性的稳定策略而浪费社会资源,犯罪预防上毫无收益地造成无谓的痛苦,重要的文化成就在人性博爱意义上无奈的失落,其代价无一不是特别高昂的。”<sup>〔87〕</sup>

〔85〕 见2005年12月罗干在全国政法工作会议上的讲话。

〔86〕 参见全国人民代表大会常务委员会办公厅编:《中华人民共和国第十一届全国人民代表大会第一次会议文件汇编》,人民出版社2008年版,第245页。

〔87〕 Streng, Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen - Zur Tragfähigkeit der Austauschbarkeitsthese. In: Läslel/Bender/Jehle (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik. Entwicklungs- und Evaluationsforschung, 2007, S. 92.

对于犯罪率的迅猛增长, 尽管不断有惩罚主义的呼声, 但最好的答案终归是轻缓化<sup>[88]</sup>的实践。这个答案的正确性, 在德国已经得到了成功的证明。1882年德国被判刑人的77%被投入监狱服刑,<sup>[89]</sup>而如今在早已废除死刑的条件下这个比例只有不到6%。<sup>[90]</sup>120多年来在监禁刑上的这种非常规持续缩减, 非但没有引起严重犯罪的大幅增长, 事实上严重犯罪反而大幅回落了。如果说严厉的刑罚促进了犯罪和再犯而成为罪因, 那么, 轻缓的刑罚将会抵消这样的效应。我国持续了两千多年的“重典”刑法理念和模式, 在尊重人权、倡导“人本”的时代应该终结了。

---

**Abstract:** The nature and internal value of criminal law determines that it is the last resort to social control and it can only shoulder important and restrictive tasks. As for social control, it cannot be said that criminal law has no effect at all, but pure function—orientated criminal law is certainly not ideal for effective social control. However, the criminal legislation and practice since 1979 in China have either ignored or abandoned this understanding of criminal law. From the characteristics of criminal legislation and practice it can be seen that Chinese criminal policy has obviously overestimated the possibility that criminal law can influence human action. Criminal law has kept the inertial habit of functionalization.

Criminal policy should be based on the reliable empirical evidence of criminological research so that a just and reasonable new goal should be set, which is restricted by those basic principles such as culpability, rule of law and humanity. Before such reasonable criminal policy is established and the absolute theory of punishment directing punishment system and structure is thoroughly adjusted, the striking problem of harsh punishment in the field of criminal legislation, justice and enforcement will continue. Crime control in China has the structural characteristic of punitivism.

After analyzing relevant data, it can be found that punitivism is ineffective to reduce the increasing crime rate and control the seriousness of crimes as a whole. Harsh punishment cannot prevent crimes. On the contrary, it will accumulate the obstacles to the rehabilitation of the offenders, lead to the formation of crime—conducive environment and the reoffending of these offenders. Punitive criminal policy, punishment system and practice will cause the citizens to pay high cost for security. The criminal ideal and mode of severe punishment should be ended in the age of respecting human rights and advocating humanity.

**Key Words:** punitivism, functionalization of criminal law, structure of criminal punishment, crime control

---

[88] 近代以来欧洲大陆国家刑制结构和刑制重心发生了两次重大变革: 第一次是结束于19世纪末的从死刑—肉体刑以及无期徒刑向有期徒刑的转变, 这种转变的动因与文明进程中对人的尊严的积极探索有关; 第二次是结束于20世纪中叶的从自由刑向罚金刑的逐渐转变, 这种转变的动因与文明进程中对制裁经济性的特别要求有关。从和欧洲大陆国家的比较, 可以看到未来我国刑罚制度改革的方向和面临的艰巨任务。

[89] 1882年德国量刑实务的总体结构是: 无条件监禁刑占所有科处刑罚的77%, 判处的罚金占22%, 还有0.03%的死刑。

[90] 2006年德国量刑实务的总体结构是: 罚金刑占80.6%, 自由刑缓刑占13.6%; 监禁刑(自由刑实刑)占5.8%。