

再法典化背景下我国刑法 犯罪法律后果体系的完善

刘仁文*

内容提要：为充分发挥刑法在推进国家治理体系和治理能力现代化中的最佳效应，我国刑法需要在历次修订的基础上适时再法典化，以整合、重构现有呈碎片化状态的犯罪法律后果，从而构建一个结构科学、效能优化、机制灵活、运作顺畅的犯罪法律后果体系。具体而言，就是要构建刑罚与保安处分的二元制犯罪法律后果框架，并对保安处分的种类及其适用作出与刑罚种类及其适用相对应的规定；要扩充刑罚种类，调整主刑和附加刑的内容，完善社区刑和资格刑；要建立刑罚易科制度，扭转刑罚适用的僵化机制，使不同刑种的执行以及刑罚与保安处分的执行实现融通和互补。

关键词：法典化 犯罪法律后果 刑罚 保安处分 刑罚易科

按照形式特征，我国1979年刑法、1997年刑法均已具备了总则、分则等法典基本结构。然而，无论从部分内容已显老旧，还是从十余次刑法修正导致法典内容碎片化、体系不协调，以及国内外经济社会发展对刑法提出的新要求来看，都需要对现行刑法从理念、结构、内容、形式到文字进行系统重塑。这一工程不是单纯依靠刑法修正案所能完成的，只能通过刑法的再法典化来完成。〔1〕刑法的再法典化，包括总则与分则的结构调整和具体内容的完善。就总则而言，虽然犯罪论部分也有一些地方需要完善，但犯罪法律后果体系的完善更值得高度重视。这不仅是因为我国刑法研究素有重犯罪论、轻刑罚论的传统，也是因为1979年刑法“颁行40多年来，我国犯罪体系发生了巨大变化，刑法制裁体系却基本保留初始框架，这也导致刑法制裁体系难以跟进现代犯罪治理的步伐，在实践中不断遭遇各种挑战”。〔2〕因此，我国刑法规定的犯罪法律后果亟需走出狭隘的刑罚论，而扩展到包括保安处分和更为丰富的非刑罚处罚方

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

本文系国家社科基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”（19AFX007）的成果。

〔1〕 从1997年刑法颁布至今的26年中，出台了1个单行刑法、11个刑法修正案，但这些都属于以问题为导向的应对措施，而且受立法法规定的限制，修正案不可能对刑法的基本制度作出修改，这与注重体系性思考的刑法再法典化有着本质的不同。

〔2〕 参见彭文华：《我国刑法制裁体系的反思与完善》，《中国法学》2022年第2期，第128页。

法在内的更广视域。^{〔3〕}

本文立足于我国的犯罪现实与发展态势，总结国内外刑事立法和司法经验，对刑法再法典化背景下如何构建一个结构科学、效能优化、机制灵活、运作顺畅的犯罪法律后果体系作一整体性思考。限于篇幅，本文重点聚焦以下三个方面：一是在基本制度层面区分刑罚和保安处分，构建一个刑罚与保安处分并列的二元制犯罪法律后果框架；二是完善刑种，就刑罚的种类、主刑和附加刑的调整、资格刑的完善等提出基本构想，使我国的刑罚朝着种类更加多元、性质更加轻缓的方向发展；三是通过建立刑罚易科制度实现刑种间的转换，使刑罚的适用机制更加灵活、顺畅。

一、构建刑罚与保安处分的二元制犯罪法律后果框架

（一）构建二元制犯罪法律后果框架的必要性

尽管对保安处分的界定有多种形式，但其基本含义为：国家基于特殊预防的考量，对于具有特殊人身危险性的犯罪人，以矫治、感化、医疗、禁戒等手段，替代或补充刑罚适用的各种措施。^{〔4〕}保安处分与刑罚的基本区别是：刑罚的基础是责任，保安处分的基础是行为人的危险性；刑罚属于一种制裁，而保安处分属于一种安全或者矫治措施。

在18世纪末德国刑法学者克莱因提出现代意义的保安处分理论之前，刑罚一直被视为犯罪的唯一法律后果。在克莱因之后，经过近百年，终于在19世纪末20世纪初，保安处分在许多国家的刑法改革中受到重视并日益成为和刑罚并驾齐驱的一种犯罪法律后果。形成如此局面的原因，可以简要归纳如下：一是由于罪责概念的存在，刑罚的适用范围受到限制，刑罚不能充分满足保卫社会的需要。^{〔5〕}比如，对于实施了危害社会行为的精神病人和未达到刑事责任年龄的人，就不能适用刑罚，但从社会防卫的角度看，又不能对这些人放任不管。二是在刑事古典学派时期，以罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道为基础理念的刑法制度崇尚偏重客观主义的行为刑法，这使得基于行为人的犯罪危险性来预防、矫正犯罪人的保安处分在当时难以被广泛接受。三是19世纪末20世纪初，资本主义国家社会矛盾的尖锐化导致犯罪率大幅上升，刑罚执行领域又出现了所谓“自由刑的破产”这一状况，而自然科学的飞速发展及犯罪学的诞生，又促使人们重新思考犯罪的原因与对策。“这种新的社会形势，可以毫不夸张地说正是支撑保安处分制度的重要基础”，具体而言：“（1）基于道义责任论的报应刑，对于具有再犯危险却没有刑事责任能力的人，不得不将其置于刑法范围之外；（2）对累犯只依据报应的刑罚手段的话，在其被释放后还会产生问题；（3）为了镇压预防常习犯，必须给予个别的处置；（4）对于少年犯罪者也需要以改善为目标的处分；（5）必须设计弥补短期自由刑缺陷的制度；（6）对于具有责任能力的酒精中毒者、厌恶劳动者而言，必须采用刑罚以外的特

〔3〕 本文不是从完整的犯罪构成意义上使用“犯罪”一词的，而是以之描述行为的社会危害性已达到犯罪严重程度这一事实。比如，对于未达到刑事责任年龄而不负刑事责任的人，如果实施了符合构成要件且达到科处刑罚程度的行为，就仍然要从事实层面将该行为视为犯罪，并将专门矫治、收容教育等保安处分措施作为该“犯罪”的法律后果。

〔4〕 参见林山田：《刑法通论》下册，中国台湾元照出版公司2008年版，第579页。

〔5〕 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第4页。

殊手段。这些对道义责任论的报应刑的反省都促进了保安处分制度的发展。”〔6〕

“这种刑罚与保安处分的双轨制的刑法法律效果，是世界各国刑事立法普遍所采的方式。”〔7〕从犯罪法律后果的形式看，虽然刑罚的种类也在丰富，但保安处分的种类增加的更多，体现出保安处分在现代刑法中日趋重要的地位。之所以如此，至少有以下三方面原因：首先，现代刑法有所谓刑事政策化的明显倾向，而保安处分正是刑事政策的突出表现。刑法的刑事政策化，就是在刑法的制定和适用过程中融入刑事政策考量，注重刑法适用效果的目标导向，将刑事政策作为实现刑法适用效果的评价标准和指引。从19世纪后期以来，刑法的刑事政策化逐渐成为各国刑法发展的一个重要特征。比如，对于累犯和再犯，为何要相较初犯予以从重甚至加重处罚，纯粹从报应刑的角度难以解释，而只能从刑事政策的角度来解释。刑法的刑事政策化进一步发展便催生了用以补充刑罚之不足的各类保安处分措施——“能改善者，改善之”，表现为各类矫正治疗措施；“不能改善者，隔离之”，如各类保安监禁措施。其次，在后现代社会尤其是风险社会，刑法的功能日益注重对社会安全的维护，刑法在考量行为人应承担怎样的法律后果时也愈加看重风险预估与控制，刑法愈加被赋予“社会保安”的功能。而在这方面，以特殊预防为目的的保安处分占有先天优势，比如我国反恐怖主义法对恐怖犯罪分子规定的安置教育等措施。再次，“二战”后各国从防止保安处分被滥用以及保障人权出发，在法治原则的基础上，对保安处分制度进行了完善，从而更好地实现了防卫社会与保障人权的平衡。比如，坚持处分法定主义；加强对人身危险性测量标准和技术的研究与开发；对于剥夺人身自由的保安处分措施，从程序和评估上进行严格限制，在执行方式上从消极隔离改善为对被处分者积极进行矫治、教育。

早在1935年，中华民国刑法就以专章规定了保安处分制度，这一基本框架至今仍为我国台湾地区所沿用。1949年中华人民共和国成立后，保安处分被认为是“现代资本主义制度下社会问题的产物”，是“资产阶级出于利己主义考虑的结果”，而长期被打入冷宫。但是，任何国家和社会都会面临对特定行为和行为人进行保安性处分的问题，这与社会制度和意识形态没有本质上的联系，而不过是对同样内容和功能的法律措施给予不同的法律定位和相应的法律设计。〔8〕具体而言，由于我国刑法未给予保安处分以应有地位，大量的保安处分措施被纳入了公安行政执法，比如收容审查（1996年修订刑事诉讼法时取消了该制度）、劳动教养（2013年底废止）、收容教养（针对未达到刑事责任年龄的人，已更名为专门矫治教育）、收容教育（针对卖淫嫖娼者，2019年底废止）、强制医疗（2012年修订刑事诉讼法时已通过特别程序的方式将其司法化）、强制戒毒等。随着我国法治水平的提高和对人权保障的重视，公安机关各种剥夺公民人身自由的处罚决定权日益受到正当程序理念的挑战。在这种背景下，大量游离于刑法之外的诸多带有保安处分性质的剥夺人身自由的行政措施或者行政处罚，就面临正当性危机。事实上，我国已经签署的联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款就规定：“除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。”这里的“依照法

〔6〕 参见〔日〕藤本哲也：《刑事政策概论》，青林书院2008年版，第192页。

〔7〕 黄荣坚：《基础刑法学》上，中国台湾元照出版公司2006年版，第109页。

〔8〕 参见时延安：《保安处分的刑事法律化——论刑法典规定保安性措施的必要性及类型》，《中国人民大学学报》2013年第2期，第104页。

律所确定的根据和程序”，是指“任何受影响的人有权根据《公民权利和政治权利国际公约》第14条的规定，由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭来裁判”。而且，联合国人权事务委员会还特别指出，该款适用于对人身自由各种形式的剥夺。^{〔9〕}

与此同时，由于我国刑法目前采取的是“犯罪与刑罚”的一元制法律后果体系，而没有采取犯罪法律后果的刑罚与保安处分二元制，因而在贯彻落实“不仅要惩罚，更要矫治”的现代刑法理念方面存在结构性缺陷。虽然我国刑法有逐渐摆脱一元化惩罚主义而转向惩罚与矫治并重的二元结构之迹象，比如规定了针对不负刑事责任的精神病犯罪人的强制医疗、针对未达到刑事责任年龄犯罪人的专门矫治教育等，但是，从体系化的角度看还远远不够。我国至今在刑法及相关法律规范文本上，还没有保安处分的名分，许多带有保安处分性质的犯罪法律后果处于名不正言不顺的状态。为适应刑事治理的需要，晚近几次刑法修正不断增设带有保安处分性质的措施，如2011年刑法修正案（八）分别对管制、缓刑增加规定了禁止令，即对于被判处管制、宣告缓刑的犯罪人，法院可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪人在执行期间或缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。这类措施到底是什么性质的法律后果，却并不明确。

应当看到，虽然我国刑法尚未构建统一的保安处分体系，但在近年来的一些专门立法中却有端倪可寻。如2015年通过的反恐怖主义法，针对恐怖主义犯罪设置了安置教育这一在性质上无疑属于保安处分的处遇措施。需要反思的是，反恐怖主义法作为一部总体上属于行政法性质的法律，规定安置教育这样一种名为行政强制措施实为犯罪法律后果的剥夺人身自由处分措施，却在刑法中找不到相应依据，其根源还是在于我国刑法中欠缺有关保安处分的明文规定。

（二）完善我国保安处分制度体系的基本构想

综上，为提升我国刑法参与社会治理的法治化水平和人权保障水平，有必要将现今大量游离于刑法之外的各种保安处分措施纳入刑法，并对历次刑法修正新增的带有保安处分性质的各种犯罪法律后果进行梳理，从而与刑罚共同构造起刑法中的二元制犯罪法律后果体系。

保安处分与刑罚一样，同为违反刑法的法律后果，从保障人权考虑，适用保安处分也必须遵循罪刑法定原则的基本要求。依此逻辑，需要在现有的罪刑法定原则条文中增加一款：“保安处分，亦以行为时法律有明文规定者为限。”^{〔10〕}相应地，也要在刑法的溯及力条文中增加一款：“保安处分亦采对被处分者从旧兼从轻原则。”与此同时，还要像刑罚种类法定一样，对保安处分的种类也加以法定化。对于我国刑法应当规定的保安处分种类，首先是要把现行刑法和其他法律中带有保安处分性质的各种处罚和措施加以整合，如刑法中的强制医疗、专门矫治教育、反恐怖主义法中的安置教育、禁毒法中的强制隔离戒毒等。这样既解决了各种保安处分措施于刑法无据的问题，也解决了程序正当性的问题——作为犯罪法律后果的保安处分，必须和刑罚一样接受刑事诉讼程序的约束。在此基础上，要适当增加一些保安处分种类，如酒瘾的禁戒与强制治疗等。总之，未来我国的保安处分重点包括以下几类：一是针对欠缺刑事责任能力者，如对实施了严重危害行为的精神病人和未达刑事责任年龄者适用强制医疗或者专门矫治教育；二是针对有毒瘾、酒瘾、性瘾者、性罪错者等特殊犯罪人，实施毒瘾酒瘾性瘾戒除、

〔9〕 参见陈泽宪主编：《犯罪定义与刑事法治》，中国社会科学出版社2008年版，第182页以下。

〔10〕 与之相应，笔者建议对罪刑法定原则的表述也改为：“行为之定罪与处罚，以行为时法律有明文规定者为限。”

性罪错矫治；三是针对恐怖主义犯罪等严重暴力犯罪者和性犯罪者，特别是多次实施这些犯罪者，要借鉴反恐主义法中的安置教育措施，确立我国的保安监禁制度。^{〔11〕}

与刑罚制度独立成章相对应，我国刑法中也应增设保安处分专章，该章重点规定前述各种保安处分措施的具体应用。

首先，整合刑法中既有的具有保安处分性质的措施。（1）将现行刑法第17条第5款的规定（管教和专门矫治教育）移至该章，并对其加以完善：因不满16周岁不予刑事处罚的，责令其父母或者其他监护人加以管教；在必要的时候，依照预防未成年人犯罪法等进行专门矫治教育。^{〔12〕}（2）将现行刑法第18条第1款的部分内容（强制医疗）移至该章，并对其加以完善：精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认，不负刑事责任的，应当责令其家属或者监护人严加看管和医疗；必要的时候，依照刑事诉讼法有关强制医疗的程序，对其实施强制医疗。（3）将现行刑法中的禁止令移至该章：对于被判处管制、宣告缓刑的，法院可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪人在执行期间或缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。（4）将现行刑法第35条对外国人的驱逐出境规定移至该章，并对其加以完善：对于犯罪的外国人，可以独立适用或附加适用驱逐出境；附加适用时，得于其他刑罚执行完毕或赦免后方可执行。

其次，增设新的保安处分种类。（1）增设强制治疗：犯刑法第360条传播性病罪的，应于刑罚执行前进入专门的强制治疗场所，接受强制治疗。（2）增设性罪错治疗：犯刑法第236条强奸罪、第236条之一负有照护职责人员性侵罪、第237条猥亵儿童罪的，在徒刑执行期满前，经心理学和生理学等专业人士的鉴定和评估，认为有再犯此类罪危险的，应当接受身心治疗或辅导教育；对于成年且再犯可能性大的性暴力罪犯，还可依法进行药物治疗，并应对药物治疗的效果进行定期评估。^{〔13〕}（3）增设毒瘾、酒瘾戒除：吸食毒品成瘾的犯罪人，应当于刑罚执行前进入专门的戒毒场所接受毒品戒除；因酗酒而犯罪，且此种酗酒已成瘾并有再犯罪危险的，应当于刑罚执行前进入专门的戒除酒瘾场所接受酒瘾戒除。^{〔14〕}

在保安处分专章中，还要对保安处分与刑罚的执行顺序、折抵、互补等作出规定。根据具体情形下的实际需要决定刑罚和保安处分的执行顺序，有的可能要先执行刑罚再执行保安处

〔11〕 反恐主义法中安置教育的适用属于事后裁判，即恐怖活动罪犯和极端主义罪犯在被释放前，如果经评估认为其具有社会危险性的，监狱、看守所应当向罪犯服刑地的中级人民法院提出安置教育建议，法院对于确有社会危险性的，应当在罪犯刑满释放前作出责令其在刑满释放后接受安置教育的决定。未来我国的保安监禁制度应采取事前裁判的思路，即在宣判有期徒刑等刑罚的同时，根据对犯罪人的社会危险性评估，视需要宣判相应的保安监禁措施。当然，在刑罚执行完毕后，如果经过社会危险性评估，认为没有必要继续执行保安监禁措施的，就不必再执行。

〔12〕 未来的专门矫治教育也要像强制医疗一样，在程序上实现司法化。另外，目前对专门矫治教育和强制医疗均未规定期限，未来刑法对这两类保安处分应当规定期限。比如，专门矫治教育的期限为3年以下，若执行半年以上，相关评估机构认为无继续执行之必要的，可以报请法院免除剩余期限的执行；强制医疗的期限为5年以下，若执行中认为无继续执行之必要的，可以报请法院免除剩余期限的执行。如期限届满，确有继续专门矫治教育、强制医疗之必要的，需严格评估并设立更严格的标准。同样，对于戒除及强制治疗毒瘾、酒瘾、性瘾等，也都应当规定期限。

〔13〕 药物治疗，是一种较为成熟的通过激素药物治疗并辅以心理辅导，从而达到降低性犯罪人再犯率的治疗措施，大体可区分为强制适用和自愿适用两种模式。两种模式都对药物治疗的适用作了严格限定，特别是主要将药物治疗的对象限定为性侵未成年人犯罪或者严重的性犯罪累犯，同时要求适用药物治疗的罪犯须为成年人等。参见姚建龙：《对性侵儿童犯罪人实施化学阉割的本土化探索》，《环球法律评论》2022年第3期，第22页以下。

〔14〕 这些保安处分措施均须在判处刑罚时由法院同时宣判。

分；有的则可能要先执行保安处分再执行刑罚；还有的可能要先执行一部分刑罚，然后执行保安处分，再执行剩余刑罚。当刑罚执行完毕，已无必要再执行保安处分的，或者相反，保安处分执行完毕，已无必要再执行刑罚的，应当予以相应减免。

保安处分立法时，有一个问题回避不了，那就是：刑罚的适用要遵循比例原则、符合罪刑相适应的要求，而保安处分能否视安全或者矫治的需要，在执行期限上突破比例原则。例如，实施故意伤害行为的犯罪人，如果是具备责任能力的人，可能会被判处若干年有期徒刑，刑满就得释放。但如果该犯罪人是精神病人，则要对其实施强制医疗，直至康复才能释放，强制医疗的执行期限很可能会超过有期徒刑的执行期限。对此，应如何解释？首先，虽然相对于刑罚的定期性，保安处分基于特别预防的需要部分地带有不定期性，但是，考虑到保安处分天然具有的对犯罪人权益的侵害性，仍然应当强调保安处分措施的适当性，即判处保安处分的种类、轻重和期限应当与被处分者的行为严重性和人身危险性相适应，而不能超出预期的犯罪预防目的和所要防卫的危险的程度。为此，建议我国借鉴德国刑法第62条的规定，即“矫正措施和保安处分如果与犯罪人实施或可能实施的行为的严重性和危险程度不相符时，不能科处”。其次，应当在立法上充分体现适用保安处分的不得已性。一是在适用刑罚已足以实现保安处分目的的情况下，保安处分可以不再执行。二是在有别的替代措施能够实现保安处分目的时，保安处分可以暂缓执行甚至不执行。三是对于剥夺人身自由的保安处分，原则上要设立最高期限。在最高期限内，应当视情形设立每半年到一年对被处分者的人身危险性进行评估的定期审查机制，一旦满足释放条件，应当在最高期限到来前予以释放。^[15]再次，保安处分场所必须体现出对被处分者进行矫治的特点，而不是惩罚的特点。为此，要从硬件和软件设施上确保被处分者得到“充分照料”，要从体制机制上确保保安处分的这一初衷不发生变异，这是保安处分在目的性、有效性之外所必须具备的道德伦理容许性之要求。

二、丰富和完善刑罚种类

刑罚种类的科学设置，是刑罚现代化的首要面向。正如日本学者佐伯仁志所指出的：随着社会的多样化，与过去相比，犯罪现象和犯罪人也显著地多样化了，因此，刑罚或者以处遇为目的的处分也应该相应地实现多样化；刑法领域应该尝试运用将多种多样的刑罚和处遇方法结合起来的处遇制度，事实上，诸如周末拘禁、夜间拘禁、电子监视、社会服务令、损害恢复命令等多种多样的刑罚和处分措施已被越来越多的国家所引入。^[16]但是，我国刑法目前只规定了五种主刑、三种附加刑，不仅种类偏少，而且主刑体系以剥夺自由刑为主，难以满足刑罚现代化的需要。

（一）社区矫正的刑种化

“二战”后，伴随着重返社会、行刑社会化等刑罚思想的倡导，强调帮助犯罪人重新融入社会的社区刑逐渐为世界各法域所重视。我国自2003年拉开社区矫正的发展序幕，到2019年通过社区矫正法，标志着我国的社区矫正制度进一步规范化和制度化。但是，根据社区矫正

[15] 可以借鉴假释等刑罚执行制度，在释放之后视需要执行行为监督等在社区内实施的保安处分措施。

[16] 参见[日]佐伯仁志：《制裁论》，丁胜明译，北京大学出版社2018年版，第57页。

法的规定,社区矫正性质上仅仅是一种从属于管制、缓刑、假释、暂予监外执行的刑罚执行方法。换言之,我国的社区矫正不是独立的刑种,而是针对被判处管制、被宣告缓刑、被裁定假释、被决定暂予监外执行的罪犯所实施的带有教育、改造性质的刑罚执行附随措施。这一制度定位存在的问题是:首先,限制了社区矫正的适用范围。将社区矫正定位为特定种类的刑罚执行附随措施,则裁判、决定机关只能在管制、缓刑、假释、暂予监外执行这四类刑罚执行中选择适用社区矫正。如果不属于管制、缓刑、假释、暂予监外执行,就不能适用社区矫正,这不利于充分发挥社区矫正降低刑罚成本、有效预防犯罪、实现罪犯自我改造等方面的诸多积极作用。其次,制约了社区矫正制度的发展。由于社区矫正并非独立刑种,而仅仅是刑罚执行附随措施,社区矫正机构在开展社区矫正时,受制于刑法的明文规定而不能根据社区矫正对象的个体特征选择最适宜的矫正方法。例如,根据刑法规定,被判处管制、宣告缓刑和假释的犯罪人离开所居住的市、县或者迁居,应当报经执行机关、考察机关和监督机关批准。对于这些规定,在刑法修改之前,社区矫正法无法作出根本性改变。但是,“从很多地方社区矫正的实践看,设置狭小的活动范围和繁琐的审批程序,是导致社区矫正对象发生违规行为的重要原因,是妨碍社区矫正工作顺利开展的制约因素”。〔17〕又如,笔者在调研中发现:实践中,矫正工作人员不仅力量不足,而且往往还承担社区维稳、人民调解、司法宣传等多项社区矫正之外的工作,加上矫正手段缺失,致使对矫正对象的管理、教育、帮扶等流于形式,“点卯”式的“散养”“放养”状态比较普遍;不少承担矫正工作任务的基层机构和人员甚至坦承,只要矫正对象在入矫期间“不出事”或者“不重新犯罪”,矫正管理机构就算是“完成任务”。应当说,出现这类现象与社区矫正作为刑罚执行附随措施的制度设计不无关系。

为扩大社区刑在我国的适用,改变目前社区矫正一定程度上存在的疲软状况,建议将现有的社区矫正改造成带有一定刑罚惩罚属性的社区刑,作为一类独立的刑罚种类纳入我国刑罚体系。未来的社区刑不限于一种具体的刑罚种类,而是多种刑罚类型的集合。从国际上看,社区刑的种类很多,如社区服务刑、宵禁刑、管护刑、监督刑、戒毒刑、排除刑、毒品治疗与检测刑等均属社区刑的构成内容。〔18〕另外,在传统的强制性社区服务等社区刑的基础上,出现了很多新型的社区刑形式,如休克监禁、矫正训练营、严格监督型缓刑、严格监督型假释、中途之家、家庭监禁、电子监控、日间报告中心等。因此,我国社区刑的种类需要丰富,只有这样,“才能给法官、监狱管理者等更多的选择,使他们能够更好地根据犯罪人的具体情况,决定采用最为合适的社区矫正措施”。〔19〕

我国目前虽然还没有社区刑的正式刑罚种类,但在刑法修正过程中,已经陆续出现了这方面的内容。除了对被判处管制、被宣告缓刑、被裁定假释、被决定暂予监外执行的罪犯实行社区矫正,还对被判处管制、被宣告缓刑等的罪犯实行禁止令制度。还有一些修正内容也体现了对社区刑的需求,如2011年刑法修正案(八)第16条规定:“对犯罪分子决定假释时,应当考虑其假释后对所居住社区的影响”。这里其实暗含了这样一层意思:如果有足够完善的社区

〔17〕 吴宗宪:《我国社区矫正法的历史地位与立法特点》,《法学研究》2020年第4期,第68页。

〔18〕 参见翟中东:《社区性刑罚的崛起与社区矫正的新模式——国际的视角》,中国政法大学出版社2013年版,第64页以下。

〔19〕 参见吴宗宪:《社区矫正比较研究》,中国人民大学出版社2011年版,第786页。需要注意的是,该学者是从广义上阐述“社区刑”的,其论及的社区刑种类也包含了一些保安处分措施。

刑,则被假释者对所居住社区的负面影响将降至最低,而这可以反过来促进假释适用面的扩大。目前,这方面最缺的是社区服务、社区劳动这类强制性的公益劳动社区刑。据了解,无论是在社区矫正法颁行前的试点阶段,还是在社区矫正法颁行后各地制定的实施细则中,一些地方的社区矫正机关均有对情节较轻、危害不大的醉酒驾驶、未成年犯罪人等适用社区服务、社区劳动等强制性公益劳动的情况,这说明实践中对此是有需求的。^[20]正如学者所指出的,我国的刑罚种类从有期徒刑、拘役直接跳到管制,缺乏类似社区劳动刑这样的刑罚,社区劳动刑在我国具有重要的刑种填空价值。^[21]应该看到,在不断提倡行刑社会化的时代背景下,于传统的主刑、附加刑之外,再独立增设社区刑这类刑罚是势在必行的立法方向。这既是避免自由刑尤其是短期自由刑弊端的有力举措,也是进一步推动我国刑罚轻缓化、实效化的重要抓手。因此,应当对社区刑作出站位更高、内容更全面的規定,使其在犯罪法律后果体系中占据更大的比重、发挥更大的作用。具体而言,要处理好以下几个问题。

第一,将管制刑吸收到社区刑这一刑罚种类中来。管制刑最初来源于“同地主、富农和反革命分子的斗争”,主要适用于“敌我矛盾性质的犯罪”,带有很强的专政色彩。^[22]也正因为此,在1979年制定刑法和1997年修订刑法时,管制刑的存废以及是否将管制改为附加刑一直是一个话题,后来考虑到它是当时我国五种主刑中唯一的开放执行类刑罚,还是保留了管制的主刑地位。但是,随着城乡经济体制改革带来的人财物大流动以及集体生产生活模式的废除,原来那种在社会上依靠群众进行监督和教育改造的管制刑执行方式遭遇了困境,由此也导致了司法实践中管制刑判的很少、几成“多余的刑罚”的局面。基于社区矫正本身存在的疲软性以及将社区矫正改造成独立刑种的要求,未来的理想方案是将管制纳入新的社区刑。基本考虑有三:一是在吸收社区矫正经验的基础上,社区刑的执行会进一步克服管制刑执行难的问题;二是社区刑和管制同为开放执行类刑罚,不必担心废除管制后我国刑法中就没有了开放执行类刑罚;三是“管制”二字容易导致在执行中有意无意把被判处管制者当作纯粹的客体来对待,而社区刑更强调把犯罪人置于社区中进行改造、教育和矫正,强调发挥被改造、教育和矫正者的主体作用。

第二,拓宽犯罪人进入社区进行改造的范围。自社区矫正试点和全面铺开以来,它的主要适用对象是罪行轻微的犯罪人,这就难免产生如下悖论:越是再犯可能性小的犯罪人越容易在开放的社区接受改造,越是再犯可能性大的犯罪人越要在封闭的监狱服刑,但其实后者更需要通过社区刑来消除犯罪倾向、习得融入社会的技能。若不解决这一悖论,将大大降低社区刑的潜在价值。为此,有学者参考借鉴美国、日本等域外做法,提出了在我国刑法中增设部分缓刑制度的构想,即法院在宣告被告人自由刑的同时,由法官确定社会内处遇的时间,使犯罪人在监所服刑一段时间后,必须接受一定期间的社会内处遇。^[23]这样的做法是有道理的,因为要想有效促成服刑犯人回归社会,就必须在完全隔离于社会的监狱服刑与彻底恢复自由的回归社

[20] 虽然社区矫正法未对社区服务、社区劳动作出强制性规定,但有的地方在制定实施细则时规定了社区服务、公益活动等内容,如上海市2020年颁行的《关于贯彻落实〈中华人民共和国社区矫正法实施办法〉的实施细则》第27条,就要求风险较高的社区矫正对象“每月到区级公益活动基地从事公益活动”。

[21] 参见翟中东:《论社区劳动刑在中国的立法问题》,《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第19页。

[22] 参见曹子丹:《曹子丹文集——关于刑法问题》,中国政法大学出版社2009年版,第52页。

[23] 参见曾文科:《论部分缓刑的制度价值与法理构造》,《环球法律评论》2020年第6期,第107页。

会之间有一个逐渐适应的过渡期，这不仅有心理学和行为科学上的依据，在实务上也为许多国家和地区所采纳。事实上，我国不仅需要丰富从监狱到社会之间的各种中间措施（如域外广泛存在的严格监督项目、日间报告中心、家中监禁、短期军事化训练营、中途之家、社区服务等），更需要拓宽犯罪人进入社区进行改造的渠道。为此，我国社区刑的体系构建需要有比目前社区矫正法更宽的视野，将现有的社区矫正扩充为内容更丰富、方法更多元、适用对象更广泛的社区刑。

第三，有力保障犯罪人在社区内服刑的效果。在大力倡导社区刑的域外司法实践中，人们早就认识到，缺乏惩罚性的单纯矫正措施并不能够对犯罪人实现理想的控制和打击。换言之，只强调所谓社区矫正的教育刑理念，对于犯罪人的再社会化，本质上是一种不切实际的“乌托邦”幻想。^[24]因此，国外有学者认为，必须存在构建于正义威慑与利益剥夺基础上的惩罚机制，社区刑才能具有实际效用。^[25]在这一惩罚理念的支撑下，域外通过强制或限制犯罪人为或不为某种行为，如强制参加社区劳动、强制尿检、强制参加社区矫正项目、宵禁、电子监控以及对违反监督规定的行为予以惩戒等，切实提升社区刑的惩罚效果，从而强制引导犯罪人有效回归社会。这些做法值得我们借鉴。^[26]与此同时，也要警惕社区刑执行过程中的“只管不教”现象。这里最关键的是要转变观念，由之前的粗放型矫正转变为精准型矫正。例如，对于有严重疾病需要保外就医等而暂予监外执行的，其社区矫正的执行方法和内容肯定不能简单等同于对缓刑、减刑、假释者的社区矫正，因为缓刑、减刑、假释主要是基于刑事实体法上的理由而给予犯罪人的“奖励”，暂予监外执行则主要是基于刑事程序法上的理由而给予犯罪人的人道主义措施，两者的法理基础不同，决定了矫正方案也应有所不同。

（二）财产刑的整合与扩充

近代以来，随着刑罚制度的进化，监禁刑逐渐取代生命刑（死刑）和身体刑（肉刑）成为刑罚体系的中心。到现代，越来越多的国家和地区走向了以社区刑和财产刑等非监禁刑为中心的刑罚结构。正如日本学者福田平和大塚仁所指出：“19世纪曾经占据刑罚宝座的身体刑和死刑，逐渐被自由刑所替代。在20世纪已过半个世纪的时候，在监内执行的自由刑将被作为监外处置的保护观察和作为金钱自由刑的罚金刑所代替。”^[27]我国的刑罚体系虽然还是以监禁刑为中心，但社区刑和财产刑正受到越来越多的重视。为早日实现我国刑罚结构由以监禁刑为中心向以社区刑和财产刑为中心的转变，在完善社区刑的同时，有必要对财产刑也进行体系性完善。

1. 将没收财产并入罚金刑，并将罚金刑提升为主刑

近代以来，随着刑罚的人道化以及各国对公民财产权益的重视，没收财产刑在世界范围内不断受到限制，及至当代，更有日渐退出历史舞台的趋势。我国刑法第59条仍然规定有没收财产刑，依据该条规定，没收财产是指将犯罪人个人财产的一部或者全部强制收归国有的刑罚方法。应当承认，没收财产刑在惩戒犯罪、剥夺和消除犯罪能力等方面发挥过一定的作用，但现在看来，其弊端也不容忽视。第一，与平等适用刑法原则存在龃龉。每个犯罪人的财产状况

[24] See J. Q. Wilson, *Thinking about Crime*, New York: Random House, 1975, pp. 222-223.

[25] See T. R. Clear & H. R. Dammer, *The Offender in the Community*, Belmont: Wadsworth/Thomson Learning, 2003, p. 49.

[26] 对于社区刑执行过程中表现不佳的犯罪人，应当建立撤销社区刑并易科为惩罚性更强的自由刑的机制。

[27] [日]福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第206页。

不同,在犯罪行为与情节大致相同的情况下,没收财产的适用势必会使刑罚强度存在较大甚至很大落差。第二,与罪刑相适应原则不相协调。罪刑相适应原则的一个基本要求是,刑罚的轻重应当与犯罪人所犯罪行的轻重相适应,而没收财产刑的轻重主要取决于犯罪人的财产状况。第三,难以实现特殊预防效果。有观点认为,没收财产除具有惩戒作用外,还能有效剥夺和消除犯罪人的再犯能力,从而实现特殊预防效果。^[28]然而,在实践中,没收财产多适用于应当判处10年有期徒刑以上刑罚的犯罪人,这类犯罪人(已执行死刑的除外)出狱后不仅需要重新适应社会,还会因为犯罪前科而在就业、任职等方面受到种种不利影响或限制,此种情况下,没收财产刑反而易使此类人员因生活无着而再次走上犯罪道路。第四,易产生“株连”效应。尽管没收财产刑只是没收犯罪人的个人财产,但在财产共有的场合,对于房屋、工厂、机器、设备等实物财产,事实上很难进行清晰分割,或者即便可以分割,也会使其整体功能或价值受损。第五,实际执行面临重重障碍。财产本身内容广泛、种类繁多,且流转频繁、权利关系复杂,犯罪人及其家属还可能通过各种手段转移或隐匿财产。这样一来,没收财产的执行必然会遭遇调查难、分割难等重重障碍,致使众多没收财产的判决都因得不到有效执行而沦为一纸空文。^[29]

没收财产刑之所以会出现上述问题,主要是因为其立法形式不够合理。除没收财产刑外,罚金刑也是对犯罪人合法财产的剥夺,但其却得到了世界各国的普遍认可。究其原因,较之没收财产刑,罚金刑的缺陷和弊端要小得多,在适用上也更加灵活。例如,我国的罚金刑体系包括比例罚金制、幅度罚金制、无限额罚金制等多种适用模式,不仅可以涵盖没收财产刑的正当功能,也更有利于平等适用刑法、罪刑相适应等基本原则的贯彻。对于判决宣告的罚金刑,在执行中还可以根据相关情况进行分期缴纳、延期缴纳、随时追缴乃至酌情减免等多样化处理,执行难的问题相对得以缓解。

考虑到罚金刑的比较优势以及世界刑罚制度的发展潮流,我国应将没收财产并入罚金刑体系。与此同时,罚金刑也宜上升为主刑,使其在我国刑罚结构中发挥更大的作用。采取这一做法的必要性在于:一方面,我国刑法分则中有一半以上的罪名配置了罚金刑,配置比例远高于死刑、无期徒刑和管制;另一方面,单位犯罪的拓展使罚金刑的适用范围进一步扩张,将其作为主刑理所当然。^[30]更何况,随着我国进入轻罪时代,也必然要求刑罚从严厉走向轻缓,将罚金刑提升为主刑是刑罚轻缓化的应然举措。

罚金刑上升为主刑后,为避免“打了又罚”的重刑化做法,罚金刑原则上要独立适用,即对判处较重自由刑的被告人不再施加罚金刑,对于轻罪被告人则将罚金刑作为优先选择。只有在处罚一些具有严重逐利性质的犯罪时,才可将罚金刑与相应的自由刑并列适用。这也是许多国家和地区在罚金刑适用上的通行做法。例如,德国刑法规定的主刑包括自由刑和罚金刑,二者原则上要独立适用;但根据该法第41条的规定,行为人因其犯罪行为已经获利或试图获利的,除科处自由刑外,还可以有选择地科处罚金刑。不过,需要注意的是,在其他条件不变的前提下,自由刑与罚金刑并科时要适当调低自由刑的幅度,以在整体上满足罪刑均衡的要

[28] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第167页。

[29] 参见史丹如:《没收财产刑适用问题研究》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014年第6期,第147页。

[30] 参见前引[2],彭文华文,第136页。

求，从而不至于造成量刑过重，即“自由刑与罚金刑的并科既不意味着允许对犯罪分子实行双重惩罚，也不认可对犯罪分子科处超过其社会危害程度的过量刑罚”。^[31]

在罚金数额的确定方面，未来应充分考虑日额罚金制的执行方式，以强化罚金刑的个别化惩罚机能。所谓日额罚金，是指由法官根据犯罪的情节、主观恶性等因素，先确定需要缴纳罚金的天数，再根据犯罪人的日常收入确定每日缴纳罚金的单位基数，两者相乘即为罚金刑的数额。^[32]由于日额罚金制克服了无限额罚金制、限额罚金制、比例罚金制在法理上和司法实践中都无法彻底解决的刑罚平等性难题，这项源于瑞士的罚金刑执行制度已广泛被德国、法国、奥地利、葡萄牙、西班牙、波兰、瑞士、巴西、匈牙利等国家采用。从总额罚金制改为日额罚金制，既能让每个受处罚者感受到刑罚的效果（防止罚金绝对数少对富人失去威慑力），又能改善罚金刑的执行（防止穷人交不起过高的罚金）。

2. 将特别没收提升为独立刑种

任何人都不能从犯罪中获益，这是刑法上的一项基本原则。我国刑法第64条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”该条涵盖的内容较为丰富，这里重点谈一下对犯罪人的违法所得、违禁品和供犯罪所用的本人财物的特别没收问题。

涉案财物的特别没收，是我国刑事司法领域的一个重大模糊地带。本来，无论是普通刑事案件还是特别没收程序案件，法院都应当在裁判文书中写明涉案财物的名称、金额、数量、存放地点以及处理方式，^[33]但司法实践中不少判决往往不列明所追缴、没收的财产的名称、种类和数量，而是有意无意地“遗漏”对涉案财物的处理。例如，有研究指出，在161份涉嫌非法经营罪的刑事判决书中，仅有56份明确宣告没收违法所得，明确载明没收违法所得金额的判决书只有48份。^[34]可见，这种并未实际调查和准确判明被告人违法所得的具体情况，或者仅在判决书主文中附带并无具体追缴对象、追缴数额的文字表述，更多带有司法宣示性质，其实际执行往往大打折扣。事实证明，对违法所得等涉案财物的追缴，如果裁判文书不载明具体的名称、数量和处理方式，只笼统表示“依法追缴”“继续追缴”或者由某机关依法处理，最终的结果很可能就是不了了之。不可否认，这与我国刑法没有将特别没收规定为独立刑种，而是与其他制度笼统规定在一个条款，从而导致其适用不规范有关。

司法实践中，有的法官为了避免“依法追缴”“继续追缴”或者由某机关依法处理这类无实际意义的判决表述，同时也为了避免司法不作为的职业风险，对于违法所得及其收益等涉案财物的追缴，往往采取变通的处理方式，即将本应予以没收或追缴的违法所得及其收益直接纳入罚金等财产刑的范畴。有论者就认为，如果犯罪行为为行为人的获益提供了条件，对于违法所得的追缴，可以通过没收财产的方式加以实现。^[35]例如，在王某等23人涉黑案中，法院对王某以组织、领导黑社会性质组织罪、强迫交易罪、故意伤害罪等判处死刑，缓期两年执

[31] 梁根林：《刑罚结构论》，北京大学出版社1998年版，第308页。

[32] 参见[德]乌韦·穆尔曼：《德国刑法基础课》，周子实译，北京大学出版社2023年版，第50页。

[33] 参见戴长林：《依法规范刑事案件涉案财物处理程序》，《中国法律评论》2014年第2期，第31页。

[34] 参见向燕：《刑事涉案财物处置的实证考察》，《江苏行政学院学报》2015年第6期，第129页。

[35] 参见李和仁等：《刑事司法如何面对国企转制中的资本“原罪”问题》，《人民检察》2009年第10期，第35页。

行,并处罚金1亿元。该案宣判后,法院阐释了对王某处罚金1亿元的理由:该犯罪组织在长达十余年时间内通过有组织的强迫交易等违法犯罪活动,聚敛钱财逾亿元,对此依法应予没收。^[36]但是,对于此类违法所得,在应然意义上司法机关应当通过特别没收方式予以追缴,而不应以判处有期徒刑的方式来实现“追缴”目的。这是因为,财产刑与违法所得追缴是性质完全不同的两种惩戒机制。对违法所得等涉案财物的追缴,一般是对犯罪人无权占有的财产的退赃退赔,使遭受损失的公私财产得以恢复原状,或者是对禁止私人持有的物品的强制收缴,或者是用于收集刑事诉讼证据的强制措施,它建立在犯罪人通过犯罪行为获取财物及收益等基础上。^[37]而财产刑,不管是罚金还是没收财产,均是法院依照罪刑法定原则,对设有罚金刑或没收财产刑的犯罪,依照比例原则施加给犯罪人的一种财产性惩罚。因此,有必要在我国刑法中明确特别没收的性质、适用范围和适用程序。

考察域外,特别没收制度被许多国家和地区作为一种刑罚类别所采纳。为了避免我国刑事涉案财物特别没收在实际执行中定位模糊不清、名实不一、程序不规范、处置不合理等乱象,有必要将特别没收提升为独立刑种,明确特别没收的适用范围和适用程序,厘清“犯罪分子违法所得的一切财物”“违禁品和供犯罪所用的本人财物”的具体内涵和外延。这既是法治建设和人权保障的要求,也有利于加强特别没收的刑事司法国际合作,包括建立承认、执行外国刑事没收裁决的司法机制和确立资产分享制度。

(三) 资格刑的改造

我国刑法目前存在的资格刑主要是剥夺政治权利,即剥夺犯罪人的选举权和被选举权,言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利,担任国家机关职务的权利,担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。本文认为,应进一步改造剥夺政治权利这一资格刑,使用剥夺某种具体权利或资格来取代“剥夺政治权利”的表述;保留剥夺政治权利中合理、可行和必要的内容,根据惩罚、预防特定犯罪的不同刑罚需要增加新的权利剥夺内容,通过对适用对象、期限等的重新界定,使之成为名副其实的资格刑。

第一,保留剥夺选举权和被选举权,将其作为一项独立的资格刑适用于危害国家安全犯罪以及被判处10年有期徒刑以上刑罚的恐怖活动犯罪、有组织犯罪等犯罪。我国宪法第34条规定,中华人民共和国年满18周岁的公民都有选举权和被选举权,但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。这说明选举权和被选举权属于宪法赋予公民的一项基本政治权利,但同时宪法也授权其他法律可以在一定情形下剥夺包括选举权和被选举权在内的政治权利。而犯罪行为,尤其是危害国家安全的犯罪和其他某些严重犯罪,虽然并非一定表现为滥用选举权和被选举权,但这些犯罪所具有的对国家主权、政权、统一和领土完整等重大国家利益的危害性本质,在一定程度上有悖于国家赋予公民政治权利的初衷。因而,对符合特定条件的犯罪人剥夺其选举权和被选举权,是实现刑罚功能和目的的要求之一。参照域外刑法,大多数国家和地区也都规定了剥夺选举权和被选举权这样一种刑罚。可见,基于宪法依据、刑罚必要性及世界刑法通例,剥夺选举权和被选举权可以并且应当成为一种独立的资格刑,将其适用于危害国家安全犯罪以及严重的恐怖活动犯罪、有组织犯罪等。

[36] 参见重庆市高级人民法院(2010)渝高法刑终字第85号刑事裁定书。

[37] 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第215页。

第二，保留剥夺一定的职务职业权利，对其适用范围、剥夺内容作相应修改。剥夺犯罪人担任一定职务或从事特定职业的权利具有必要性，因为许多犯罪就是利用犯罪人担任的职务或从事的职业的便利而实施完成的，禁止犯罪人担任一定职务或从事特定职业，不仅可以更有针对性地震慑此类犯罪人，有效防止其再犯，还可以使其他人更清晰地认识到该类犯罪的职务职业关联性。因而，无论是从惩罚犯罪的需要，还是从刑罚的一般预防目的和特殊预防目的来看，都有必要将职务禁止和从业禁止作为资格刑分别加以规定。2015年刑法修正案（九）增设的从业禁止，填补了利用职业便利实施犯罪的资格刑空白，但我国刑法中还缺少职务禁止的相关规定。弥补上述不足的方案是：一方面，调整适用对象。虽然刑法总则将剥夺担任国家机关职务的权利及剥夺担任国有公司、企业、事业单位、人民团体领导职务的权利作为剥夺政治权利的内容予以规定，但刑法分则并未对职务犯罪规定剥夺政治权利，因而，对于职务犯罪的行为人，除了因其犯罪极其严重被判处死刑或无期徒刑从而被附加剥夺政治权利外，几乎就没有机会对职务犯罪行为入判处剥夺担任一定职务的权利。因此，建议将该类资格刑的适用对象修改为职务犯罪或者利用特定职务便利实施的犯罪。另一方面，扩大职务职业禁止的范围。现行刑法将上述职务权利的剥夺作为剥夺政治权利的内容之一进行规定，为了能使其尽量符合政治权利的属性要求，不得不将职务的范围限定于“担任国家机关职务”“担任国有公司、企业、事业单位、人民团体领导的职务”。这样规定的结果便是，对于担任非国家机关职务的人或者担任非国有公司、企业、事业单位、人民团体领导职务的人，在其构成有关职务的犯罪时，即使判处剥夺政治权利，由于能够被剥夺的权利与其犯罪行为没有直接联系而失去了实际意义；如果要剥夺其相应的担任非国有公司、企业、事业单位、人民团体领导职务的权利，却缺乏刑法上的依据。为此，建议将职务职业禁止的范围扩大为“担任相关职务或从事相关职业的权利”，并将其适用于所有利用职务或者所从事的职业而构成的犯罪。

第三，取消剥夺言论、出版、集会、结社、游行、示威自由等权利的规定。关于剥夺政治权利中剥夺言论、出版、集会、结社、游行、示威权利的规定，从1979年制定刑法之初直到现在，无论是宪法领域还是刑法领域都不乏质疑的声音。我国宪法第34条、第35条分别规定了选举权、被选举权和言论、出版等权利；不同的是，选举权和被选举权条款中明确规定“依照法律被剥夺政治权利的人除外”，而言论、出版等权利条款中并无类似的除外规定。在缺乏剥夺某项基本权利的宪法依据时，刑法将其规定为一种资格刑，似有不妥。^[38]何况剥夺言论、出版等权利的实际效果也不大。在1979年刑法颁行前的历次刑法草案中，大多数都未规定该内容。在1962年的一份立法资料中，针对言论、出版等权利应否作为剥夺政治权利的内容，有如下说明：这个问题过去也曾争论过多次，在条文上也曾反复过多次，有时写上有时删去，各有各的道理，主张删去的认为实际意义不大，特别是考虑到出版事业完全由国家掌握，任何人不可能随便出版书刊，不规定也不会发生什么问题；言论如果是好的，任何人都不应予以禁止，反动言论任何人也不准其自由散播；创造发明，即便是劳动改造罪犯做出的，也应当受到重视；集会、结社、游行、示威，人民群众都是有组织进行的，不但是被剥夺政治权利的人遇有某种场合可以不许参加，即便是好人有时由于人数的限制等原因也可能不让参加，

[38] 参见刘松山：《宪法文本中的公民“政治权利”——兼论刑法中的“剥夺政治权利”》，《华东政法学院学报》2006年第2期，第3页以下。

因此,这些可不必作为剥夺政治权利的内容。〔39〕可以说,以上理由如今依然成立。例如,根据《社会团体登记管理条例》以及集会游行示威法的规定,无论是结社集会还是游行示威,均需要履行专门的申请及审批程序。因而,对于犯罪人来说,即使不专门剥夺这些权利,也完全可以在审批过程予以控制。就言论与出版自由而言,如果是正常的言论或著作,即使是剥夺犯罪人的政治权利,也没有必要进行实质性的限制;而如果是非法的言论或著作,即使是一般人,也要依法进行限制。

(四) 单位犯罪刑罚制度的相对独立化

我国刑法中的单位犯罪已占到全部罪名的三分之一,但由于是在改革开放和经济发展过程中为回应规制单位违法犯罪的社会性呼声而在刑法中作出的即时反应,有关单位犯罪的理论准备和立法经验其实都是不充分的。刑法规定的单位犯罪制裁方式迄今仍然只有罚金,而且坦白、立功、自首、缓刑等制度也都难以适用于单位。最高人民检察院2020年3月开始试点、2022年4月全面铺开的涉案企业合规改革,进一步推动了学界对单位犯罪刑事制裁制度改革的讨论。例如,有观点认为,鉴于刑法规定的单位犯罪制裁方式单一,应进一步丰富单位犯罪的制裁方式,并在刑法中专门规定单位犯罪的制裁措施,形成自然人犯罪与单位犯罪并行的二元制裁模式;〔40〕有学者甚至提出了具体的条文修改建议。〔41〕

为适应单位犯罪的新形势,充分发挥刑罚的预防功能和改造功能,推动企业合规制度在我国的建立与有效实施,单位犯罪的法律后果及其适用确应实现多样化、弹性化与灵活化。多样化,是指从单位犯罪的牟利目的、社会影响等角度出发,在罚金之外增设相应的制裁方式,如警告、公开有罪信息、禁止开展特定经营活动、命令停业整顿、吊销营业许可、解散等。弹性化,是指在解释的射程之内,将刑法规定的坦白、立功、自首等量刑情节适用于单位,并将单位的合规治理情况规定为法定量刑情节,以便法院和检察机关在量刑和量刑建议上有更大的自主权,并在符合正义原则和要求的前提下,选择有利于完善单位内部治理、实现可持续发展的制裁方式。灵活化,是指在对单位执行制裁的过程中,既要保证刑罚实效、避免罚金的溢出效应,〔42〕又要为企业合规监督考察创造空间,将缓刑、社区矫正等制度适用于单位。

关于单位犯罪法律后果的规定模式,前述对自然人犯罪与单位犯罪实行二元制裁模式的主张有一定道理,我国刑法对此作出专门规定也具有集中、明确等优势。但是,考虑到不少制裁方式既可以适用于自然人也可以适用于单位,如刑法第37条规定的非刑罚处罚方法、第37条之一规定的从业禁止,将单位犯罪的法律后果全部予以专门规定易导致重复规定。因此,在刑法的相应条款中增设提示性、补充性规定或者删除限制性规定,或许更为可行。例如,刑法第37条之一第2款规定“被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定”,可以通过删除“人”,将该规定修改为“被禁止从事相关职业的,违反人民法院依照前款规定作出的决定”,或者增加“或者单位”,将该规定修改为“被禁止从事相关职业的人或者单位违反人民法院依照前款规定作出的决定”,从而将从业禁止适用于单位。再如,刑法第72条

〔39〕 参见高铭喧、赵秉志主编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社1998年版,第1973页。

〔40〕 参见前引〔2〕,彭文华文,第136页。

〔41〕 参见周振杰:《涉案企业合规刑法立法建议与论证》,《中国刑事法杂志》2022年第3期,第36页。

〔42〕 罚金的溢出效应是指,犯罪单位在被处以罚金之际,通过提高商品或者服务的价格等途径,将罚金转嫁给社会公众。

规定的缓刑制度以“判处拘役、三年以下有期徒刑”为条件，这显然无法适用于单位，因此可以考虑增设单位缓刑制度。在完善单位犯罪的法律后果制度时，还应当考虑区分单位责任与个人责任的判断基础与逻辑，适当分割单位制裁与个人制裁，以改变目前对单位犯罪实行双罚制的基本思路，为从正反两方面促进企业合规制度提供规范基础。

三、建立刑罚易科制度

我国刑法适用中存在的的一个突出问题是刑罚适用机制僵化。这一方面可能导致刑罚投入过剩，另一方面又可能导致惩罚力度不够或者惩罚效果不佳，两者都不能适应与复杂犯罪现象作斗争的现实需要。因此，我国犯罪法律后果体系完善的一个重要目标，就是要改变和扭转刑罚适用机制僵化的问题，这方面最紧迫的就是要建立刑罚易科制度。

刑罚易科，“乃以他刑罚，代其所宣告或可宣告之刑罚”。〔43〕刑罚易科制度不仅在当今域外普遍存在，在我国历史上也长期存在。〔44〕1928年中华民国刑法和1935年中华民国刑法都有关于易科制度的规定。前者第55条规定：罚金期满而不完纳者强制执行，其未完纳者易科监禁，但监禁期限不得逾一年；易科监禁期内纳罚金者，以所纳之数，依裁判所定之标准，折算扣除监禁日期；罚金总额逾一年之日数者，以罚金总额与一年之日数比例折算。〔45〕后者第41条规定：“犯最重本刑为三年以下有期徒刑以下之刑之罪而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身体、教育、职业或家庭之关系执行显有困难者，得以一元以上、三元以下折算一日，易科罚金。”〔46〕

刑罚易科制度除了能激活僵化的刑罚适用机制，还有多方面的积极意义。例如，将一定条件下的短期自由刑易科为罚金刑，或者反过来将一定条件下的罚金刑易科为自由刑，能够补齐短期自由刑和罚金刑在执行中的短板，更好地实现宽严相济，更好地实现刑罚目的和效益。又如，党的十八届四中全会提出“完善刑罚执行制度，统一刑罚执行体制”，设立自由刑易科为财产刑的刑罚易科制度，可以打通监禁刑与非监禁刑的制度通道，为刑事执行一体化发展提供制度支撑和规范引导。〔47〕同理，增设罚金易科社区矫正和自由刑制度，有助于刑罚执行体系的改革，打破不同刑罚执行方式之间静态、孤立运行的状态，使刑罚执行可以根据罪犯改造的现实情况作适时调整，畅通刑罚执行的衔接、协调机制。〔48〕总之，刑罚易科制度的构建，“打破了不同刑法制裁间的藩篱，是刑法制裁方法活性化、高效化的体现”。〔49〕

广义的刑罚易科也包括刑罚与保安处分的衔接与转换以及刑罚与非刑罚处罚措施之间的配合与互补，这里仅从狭义上对短期自由刑的易科和罚金刑的易科，谈一点基本思路。需要注意的是，从域外经验看，短期自由刑易科的面向是多方面的，既包括易科罚金刑，也包括易科剥

〔43〕 陈朴生：《刑法总论》，中国台湾正中书局1969年版，第244页。

〔44〕 我国历史上的赎刑制度就是一种典型的刑罚易科制度。沈家本曾指出：“凡言赎者，皆有本刑，而以财易其刑故曰赎”（沈家本：《历代刑法考》，张全民点校，中国检察出版社2003年版，第341页）。

〔45〕 参见王宠惠等：《中华民国刑法》，中国方正出版社2006年版，第43页。

〔46〕 转引自王冀：《中华刑法论》，姚建龙勘校，中国方正出版社2005年版，第478页。

〔47〕 参见秦心福：《监狱行刑与社区矫正一体化机制研究》，《安徽警官职业学院学报》2019年第4期，第5页。

〔48〕 参见高贞等：《刑罚执行权理论及相关改革问题研究》，《犯罪与改造研究》2017年第12期，第9页。

〔49〕 参见前引〔2〕，彭文华文，第139页。

夺资格、劳役或社区矫正、训诫、保护观察等；同样，罚金刑的易科也包括易科公益活动、自由刑、劳役、训诫、民事拘禁等多个面向。

（一）短期自由刑易科罚金刑

随着重罪与轻罪比例的变化，^[50]以及劳动教养等制度的废除，刑法参与社会治理的角色越来越受到重视。在这样一种背景下，刑法立法进入“活性化”时代。比如，自2011年刑法修正案（八）以来，诸如预备行为实行化、共犯行为正犯化以及治安处罚行为犯罪化等立法态势非常明显。刑法新增的不少罪名均属轻罪甚至微罪，从2011年刑法修正案（八）增设危险驾驶罪到2015年刑法修正案（九）增设使用虚假身份证件、盗用身份证件罪和代替考试罪，再到2020年刑法修正案（十一）增设高空抛物罪、妨害安全驾驶罪等，都是这方面的例证。截至目前，11个修正案增加的包括微罪在内的轻罪已达28个，轻罪数量从1997年的79个增加到现在的105个（个别罪名涉及合并或删除）。反映到司法领域，必然会造就数量庞大的短期自由刑罪犯。以危险驾驶罪为例，2020年全国法院审结醉酒驾驶等危险驾驶犯罪案件总数为28.9万件，占刑事案件总数的比例高达25.9%。即便当前对醉酒驾驶犯罪在缓刑适用标准上有所放宽，每年因醉酒驾驶而被判处拘役的犯罪人数量仍然相当庞大。可以说，短期自由刑司法判决伴随立法的扩张不断暴涨，已是不争的事实。

关于短期自由刑的弊端，学界早已多有阐述。李斯特曾猛烈抨击短期自由刑，认为短期自由刑非但没有意义，反而可能“破坏法秩序”。^[51]菲利甚至指出，短期监禁是愚蠢和荒谬的。^[52]从司法实践看，短期自由刑罪犯的改造效果不好也是公认的。究其原因，由于临时性和短期性特点，短期监禁非但起不到改造罪犯重返社会的效果，反而会导致再犯率、累犯率居高不下的不利后果。^[53]在刑法立法扩张以及大量轻微罪入刑已成现实的情况下，如何化解轻微罪入刑所带来的短期自由刑适用剧增的紧张关系，已成为一个迫切问题。在这方面，构建短期自由刑易科罚金刑制度，即在一定条件下允许以罚金刑代替短期自由刑，应是我国当前应对轻微罪立法与司法扩张的一个有效举措。

具体而言，将3年有期徒刑作为重罪与轻罪的界分点、将1年有期徒刑作为轻罪与微罪的界分点，^[54]可将易科的短期自由刑上限确定为3年有期徒刑。其中，对于被判处1年有期徒刑以下自由刑（含拘役），且被告人为初犯的，宜规定短期自由刑应当易科为罚金刑；对于被判处1年以上3年以下自由刑，且被告人为初犯并属于过失犯罪的，也宜规定短期自由刑应当易科为罚金刑；对于被判处1年以上3年以下自由刑，被告人虽为初犯但属于故意犯罪的，则由法官根据案件具体情况决定是否易科为罚金刑。

[50] 我国犯罪结构和态势在过去20年间发生了深刻变化，重罪案件占比已从1999年的19.6%下降至2019年的2.7%，八类严重暴力犯罪自2009年以来呈现“十连降”。与之相比，判处3年有期徒刑以下刑罚的人数占比从1999年的54.6%上升至2019年的78.7%，特别是最高刑只有拘役的醉酒驾驶案件占比达到近20%。参见时任最高人民检察院检察长张军在2020年全国人大会议上所作的工作报告。

[51] 参见[德]弗兰茨·冯·李斯特：《论犯罪、刑罚与刑事政策》，徐久生译，北京大学出版社2016年版，第257页。

[52] 参见[意]恩里科·菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，商务印书馆2017年版，第158页。

[53] 参见张桂荣编译：《2020年全球监禁趋势与挑战》，《犯罪与改造研究》2021年第10期，第2页。

[54] 参见黄开诚：《我国刑法中轻罪与重罪若干问题研究》，《现代法学》2006年第2期，第100页；梁云宝：《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》，《政治与法律》2021年第7期，第36页。

（二）罚金刑易科公益劳动等社区刑

既然短期自由刑可以易科为罚金刑，那么，在罚金刑得不到有效执行时，能否将其易科为其他刑罚？特别是，能否将其易科为社区刑甚至短期自由刑？在这方面，国外的刑事立法大多持肯定态度。例如，德国、荷兰、丹麦等国刑法中均有类似规定：犯罪人不能缴纳罚金的，以自由刑（拘禁或监禁）代替之。日本刑法第18条也规定，对不能缴清罚金的人，应在一定期间内扣留于劳役场。这里的“扣留”，无疑是一种剥夺自由的措施。我国刑法未规定类似的刑罚易科制度。对于应否设立这一制度，学界既有持肯定意见者，也有持否定意见者。其中，否定论者的一个担忧是：如果允许将罚金刑易科为自由刑，会导致刑罚由轻变重，这既违反人权保障原则，也不利于回避短期自由刑的弊端。^[55]

原则上讲，刑罚一旦确定就应当得到执行。如果允许大量的罚金刑判决都可以因为执行困难而不予执行，则必然会使刑罚的一般预防和特殊预防效果大打折扣。尤其是在将罚金刑提升为主刑且原则上要独立适用的情况下，这一点更需引起重视。基于此，对于那些穷尽了各种执行手段和减免事由仍然无法有效执行的罚金刑判决，就并非不能考虑将其易科为其他刑罚，包括短期自由刑。^[56]在这一问题上，不能简单地认为自由刑（及其他刑罚）就一定重于罚金刑。林山田曾指出：“就金钱的功能言之，金钱可以被当作‘凝固化的或具体化的自由’，因此，罚金刑并非单纯缴纳一定数额金钱的财产刑，而是剥夺一种特殊形态的自由，也即是受刑人一种物质享受的自由，在某些情况下，其造成的痛苦程度较之自由刑更重。”^[57]林亚刚等人也认为：“即使从价值理念说，也不能断言自由的价值必然重于金钱，这完全取决于人对金钱或自由的需要。”^[58]例如，对于涉嫌犯罪的失业人员，如果必须在1个月拘役和3万元罚金之间作出选择，其可能会毫不犹豫地选择前者。这也就意味着，只要不突破罪刑相适应原则，将罚金刑易科为其他种类的刑罚并不违反人权保障原则。

不过，考虑到短期自由刑毕竟具有改造无力、易导致交叉感染等弊端，在需要对罚金刑进行易科时，应尽可能易科为短期自由刑以外的其他刑罚。有学者提出，对于确实无力缴纳罚金或者只能缴纳部分罚金的犯罪人，可以考虑易科执行公益劳动（社区服务），^[59]或者“将拒不履行缴纳罚金义务或不执行赔偿（被害人）义务易科为社区服务（严重的可以易科为监禁刑，但应严格限制其适用范围）”。^[60]本文认为，将罚金刑易科为公益劳动应当是一种相对合理的选择。这里的公益劳动，可以视为前述社区刑的一种。将罚金刑易科为公益劳动的相对合理性在于：（1）劳动本身是有价值的，对于那些因故丧失罚金缴纳能力的被执行人，易科公益劳动同样能创造价值，起到折抵的作用；（2）公益劳动和罚金均具有非监禁性，都可避免

[55] 参见张明楷：《罚金刑若干问题的再思考》，《中国法学》1991年第4期，第104页。

[56] 进一步的制度设计还要考虑到罚金刑易科为公益劳动甚至短期自由刑的最终只是极少数，因为依本文主张对罚金刑转采日额罚金制后，被告人的罚金将根据其收入而定，这将大大增加罚金刑的可执行性。在此基础上，还要对因遭遇不能抗拒的原因而失业等情形依法减免罚金（经法院裁定），这样一来，剩下的就只能是极少数因个人原因（如因违反单位规定而被开除或辞退致使失去收入）缴不起罚金的才需要易科执行。

[57] 林山田：《刑罚学》，中国台湾商务印书馆1983年版，第279页。

[58] 林亚刚、周娅：《罚金刑易科制度探析》，《法制与社会发展》2002年第1期，第91页。

[59] 参见钱叶六、郭健：《“宽严相济”刑事政策与我国非监禁刑种立法完善论要》，《法治研究》2009年第11期，第37页。

[60] 李勇：《我国社区矫正制度的构想》，《河北法学》2009年第7期，第80页。

短期自由刑的弊端，且公益劳动作为一种公共服务，与国家收取罚金后将其用于公共服务，可谓殊途同归；（3）公益劳动可以培养犯罪人的社会责任感，有利于保持犯罪人与社会的联系，从而有利于其重返社会。^{〔61〕}实践中，可以根据犯罪人的职业、特长等情况，将其未能缴纳的罚金易科为一定类型的公益劳动，公益劳动的时间与罚金数额要保持相应的平衡。公益劳动的执行有赖于犯罪人的配合，执行机关可以指导和督促，但不可强制执行。在此情形下，如果犯罪人不同意将罚金刑易科为公益劳动，或者同意后又怠于履行甚至拒不履行的，则有必要将罚金刑易科为拘役等短期自由刑。这方面国外有类似做法，如瑞士联邦刑法典第49条中规定：“被判刑人未缴纳罚金也未以劳动替代罚金刑的，法官可命令将罚金刑转处拘役刑。”此时，固然要尽量避免短期自由刑的弊端，但刑罚的威慑力和强制力也必须得到保障。“世界上各种缺乏有效执行方式的刑罚，如保护观察、社会服务令、矫正劳动、限制自由等，都最终依赖于剥夺自由刑，这不是公平性的问题，而是有效性的问题，刑罚是具有国家强制力的制裁措施，必须保证其在实际上实行，否则就失去了刑罚的意义。”^{〔62〕}

Abstract: In order to give full play to the optimal effect of criminal law in promoting the modernization of the system and capacity of governance, China needs to re-codify its Criminal Law in a timely manner based on the previous revisions to integrate the existing fragmented provisions on the legal consequences of crimes and reconstruct them into a system with scientific structure, optimized institution, flexible mechanism and smooth operation. Concretely speaking, it is necessary to build a framework for the legal consequences of crimes based on the dual system of penalties and security measures and make provisions on the types of security measures and their application corresponding to the types of penalties and their application. It is also necessary to expand the types of penalties, adjust the content of main and additional penalties, and improve community and qualification penalties. Lastly, it is necessary to establish a system of exchanging punishments, reverse the rigid mechanism for criminal law application, and integrate the execution of different types of penalties as well as the execution of penalties and security measures and realize their mutual complementation.

Key Words: codification, the legal consequences of crimes, penalty, security measures, system of exchanging punishments

〔61〕 参见曹绍锐：《论罚金易科制度的可行性》，《河南省政法管理干部学院学报》2004年第5期，第136页；孙艺飞：《罚金刑易科制度初探》，《人民司法》2011年第17期，第90页。

〔62〕 李贵方：《罚金易科自由刑比较研究》，《中国法学》1992年第1期，第83页。