



短期自由刑比较研究

陈志军

从世界第1届国际刑法及监狱会议于1872年召开以来,短期自由刑问题提上了刑法改革的日程,现已经成为当代世界刑法改革运动的重要内容。我国已经存在较为严重的短期自由刑问题,但却并未引起应有的重视。我国应当重新检视在短期自由刑问题上的刑事政策,从建设社会主义法治国家、维护国家长治久安的高度来重视短期自由刑问题。对短期自由刑问题进行比较研究,然后在此基础上,立足于我国的现实国情,并借鉴当今世界短期自由刑改革运动的先进成果,制定一个比较合理可行的中国短期自由刑问题应对方案,对于我国社会主义法治建设事业的健康发展具有重大的意义。

一、短期自由刑概念之比较研究

对研究对象的内涵与外延进行界定,无疑应是研究的逻辑起点。顾名思义,短期自由刑是指“短期的以人身自由为对象的刑罚”。但中外刑法学界对“短期”的具体标准存在很大的分歧。

(一) 中外刑法学界的各种学说

1. 我国刑法学界对短期自由刑之“短期”的不同主张

在我国大陆刑法学界,对于短期自由刑之“短期”的界定,主要有以下四种观点:第一,“6个月说”。即认为6个月以下的自由刑为短期自由刑,这是我国较多学者所持的主张,其实际上是只将拘役视为我国刑法中的短期自由刑。第二,“3年说”。即认为3年以下的自由刑为短期自由刑。第三,“5年说”。即认为5年以下的自由刑为短期自由刑。第四,“10年说”。即认为10年以下的自由刑为短期自由刑。

在我国台湾刑法学界,对对于短期自由刑之“短期”的界定,主要有以下两种观点:第一,“6个月说”。即认为6个月以下的自由刑为短期自由刑,为林纪东、蔡墩铭、林山田、谢瑞智、吴坤山等学者所主张。第二,“1年说”。即认为1年以下的自由刑为短期自由刑,为裘朝永、葛邦任、张齐斌、何俊敦等学者所主张。

2. 外国刑法学界对短期自由刑之“短期”的不同主张

外国刑法学界对短期自由刑之“短期”的界定更是众说纷纭。主要有以下不同的观点:第一,“30日说”。德国学者柯罗尼(Krohne)就持这种主张。第二,“6周说”。如德国刑法学者李斯特(F.v.Liszt)持这种主张。第三,“3个月说”。许多刑法学会议的决议文件都赞成3个月说,如:1891年第二届国际刑法协会德国分会会议上,第一次将3个月以下的刑期作为短期自由刑;1946年召开的国际刑法及监狱会议、1950年在荷兰海牙召开的国际刑法及监狱会议所做的决议,也坚持3个月说。国外许多刑法学者也持这一主张,如吉纳特(Georg Gennat)、米特梅耶(Wolfgang Mittermaier)、木村龟二。3个月说是二战以前世界德日等国的通说。第四,“4个月说”。意大利刑法学者加罗法洛(Garafalo)持这种主张。第五,“6个月说”。1959年联合国在斯特拉斯堡召开防止犯罪及罪犯处遇欧洲会议,会议决

议主张以6个月为的宣告刑为短期自由刑。此次会议之后，“6个月说”成为通说。曼恩赫姆（H. Mannheim）是6个月说的代表人之一。二战以后，6个月说代替3个月说成为日本等国的通说。第六，“1年说”。正木亮銜、哈鲁（K. A. Hall）都持1年说。第七，其他学说。除了以上六种较为常见的学说外，国外刑法学界还存在其他不同观点，如9个月说、2周说、1周说等，最极端的主张是6小时说或12小时说。

（二）对短期自由刑概念之争的评析

综上所述，中外刑法学界对短期自由刑之“短期”的界定存在较大差别。而对这些学说稍加分析，我们不难发现，如果以1年自由刑为参照标准，我国大陆刑法学界的四种主要观点中有三种（10年说、5年说、3年说）在此标准之上，只有一种观点（6个月说）在此之下，而国外刑法学界的六种主要观点则无一超过这一标准。出现这一状况的原因是多方面的，笔者认为主要原因在于中外刑法中对有期徒刑期限的规定不同。

1. 中外刑法中有期徒刑期限之比较

我国刑法中的有期剥夺自由刑分为拘役和有期徒刑两种。根据《刑法》第42条、第45条规定，我国刑法中的有期徒刑期限在一般情况下为：有期徒刑6个月以上15年以下，最高（数罪并罚或死缓减刑时）不得超过20年；拘役1个月以上6个月以下，最高（数罪并罚时）不得超过1年。当然，在根据《刑法》第71条的规定依“先减后并”方法实施数罪并罚时，犯罪人的实际执行刑期可能会超过上述20年或1年的最高期限。

国外刑法对有期徒刑的期限规定各不相同，大体上说，存在两种立法例：第一，没有规定有期徒刑的一般期限，只为各种具体犯罪确定最高及最低刑期。英美法系国家多采取这种立法例。如《新加坡刑法典》和《印度刑法典》。第二，在立法上规定有期徒刑本身的期限，无论适用于何种犯罪，都不能逾越这个界限，许多法典化国家采用这一立法例。具体来说，各国刑法中规定的有期徒刑的期限为：日本为1日以上20年以下；瑞士为1日以上20年以下；保加利亚为1日以上20年以下；韩国为1日以上25年以下；法国为1日以上30年以下；意大利为5日以上24年以下；芬兰为14天以上12年以下，数罪并罚时，不超过15年；瑞典为14日至10年，数罪并罚时刑期可能达到16年；罗马尼亚为15日到25年；挪威为21日至15年，在某些情况下可达到20年；德国为1个月以上15年以下；冰岛为30日至16年；阿尔巴尼亚为1个月以上25年以下；俄罗斯为1个月以上30年以下；西班牙为1个月至30年；波兰为3个月以上15年以下；蒙古为6个月以上10年以下；朝鲜为1年以上20年以下。

将中外刑法中的有期徒刑在期限上予以比较，可以发现：

第一，就最下限来说，我国是1个月，以上有5个国家与我们相同：德国、冰岛、俄罗斯、西班牙和阿尔巴尼亚；有10个国家比我国低：日本（1日）、瑞士（1日）、保加利亚（1日）、韩国（1日）、法国（1日）、意大利（5日）、芬兰（12日）、瑞典（14日）、罗马尼亚（15日）、挪威（21日）；只有3国比我国高：波兰（3月）、蒙古（6月）和朝鲜（1年）。可见，我国的有期徒刑的下限在世界上并不算低，尤其是和日本、瑞士、保加利亚、韩国、法国等下限为1日的国家相比。各国刑法学者对短期自由刑之“短期”的具体界定，必然受到该国刑法规定的有期徒刑最下限的制约，如最低限为1年的国家是不会提出“1周说”、“2周说”、“30日说”、“3个月说”、“4个月说”、“6个月说”、“1年说”中的任何一种学说的，即使提出也只能停留在理论层面，而无实践价值。在有期徒刑的下限为1个月的中国，是没有提出“1周说”、“2周说”、“1个月说（或30日说）”的立法空间的。

第二，就最上限来说，我国是20年（在一般情况下为15年），以上有5个国家与我们相同：日本、瑞士、挪威、朝鲜和保加利亚；有6个国家比我国低：冰岛（16年）、瑞典（16年）、德国（15年）、波兰（15年）、芬兰（12年）、蒙古（10年）；有7国比我国高：意大利（24年）、阿尔巴尼亚（25年）、韩国（25年）、罗马尼亚（25年）、法国（30年）、俄罗斯（30年）、西班牙（30年）。在美国有些州的刑法中自由刑的上限高达50年甚至没有规定上限，在审判实践中许可对犯罪人判处超过100年甚至上千年的监禁。可见，我国的有期徒刑的上限在世界上并不算高，尤其是和法国、俄罗斯、西班牙等上限为30年的国家相比。各国刑法学者对短期自由刑之“短期”的具体界定，必然也要受到该国刑法规定的有期徒刑最上限的影响，即最上限和最下限之间的刑期跨度，必然是在对该国有期徒刑进行“短期自由刑”与“长期自由刑”这一划分时需要考虑的因素。如最上限为30年的国家的学者对短期自由刑之“短期”提出“5年说”是可以理解的，但最上限为10年的国家的学者提出“5年说”就很难让人接受。在我国有期徒刑最上限为20年（在绝大多数情况下为15年）的立法条件下，就短期自由刑之“短期”提出“10年说”显然是不太合适的。

2. 中外刑法中有期徒刑下限差异性之原因探究

中外刑法学界中对短期自由刑之“短期”界定存在较大差异，其受到有期自由刑上限不同的影响，主要又是受有期自由刑下限不同的影响。对于中外刑法中有期自由刑下限存在较大差异的原因，笔者认为，主要是：由于对犯罪和刑罚的观念存在差异，所以对刑罚和其他非刑罚制裁手段之关系的理解与立法方式也就不同。

其一，犯罪观念的差异。在我国，犯罪是指具有严重的社会危害性、根据刑法的规定应当受刑罚处罚的行为。我国对犯罪行为和一般违法行为予以严格区分，分别以不同的法律规范予以调整，对犯罪行为用刑事法律规范予以调整，而对一般违法行为用民事法律规范、行政法律规范等非刑事规范进行调整。国外许多国家对犯罪的内涵和外延的理解与我国存在很大的差别，总体上来讲，其所理解的犯罪的内涵和外延要比我国宽泛得多，将许多在我国只视为一般违法行为的行为也规定为犯罪，用刑法规范予以调整。对这类比较轻微的犯罪的立法方式，国外的立法例大致又可分为两种：一是直接将其规定在刑法典中，即作为违警罪加以规定，如《法国刑法典》和《意大利刑法典》。二是在刑法典以外的其他刑事法律中加以规定，如许多国家都制定了专门的行政刑法。

其二，刑罚观念的差异。由于我国与国外许多国家在犯罪的观念上存在较大的差异，从而对刑罚的观念也存在较大的差别，突出地表现为对刑罚和其他非刑罚制裁手段之关系的理解上，这种认识上的差异也必然反映在立法上。我国既将犯罪和一般违法行为严格加以区分，也就将二者的法律后果予以严格区分，对犯罪行为由国家追究其刑事责任，对一般违法行为则予以行政处罚等。在国外许多国家的刑法中，由于在刑法典中规定了违警罪或在行政刑法中规定了行政犯罪，基于这些行为较轻程度的社会危害性，为了作到罪刑相适应，其往往对某些传统刑罚（如有期徒刑）规定了较低的幅度，或者设置了一些类似于我国非刑事法律中规定的非刑罚制裁措施的刑罚种类，从而导致这些国家的刑罚和我国存在较大差异。作为我国一种行政处罚种类的行政拘留的期限为1日以上15日以下。由于行政拘留在不少国家被规定为刑罚，或者虽未单独规定这一刑罚类型但通过降低有期徒刑或拘役的下限予以涵盖，这就导致了这些国家有期徒刑下限的降低。

通过对中外刑罚与非刑罚制裁措施关系的理解与立法的差异的比较，我们不难理解国外许多国家刑法中的有期徒刑的下限非常低的缘由。如果将我国的有期徒刑的期限（1个月以上20年以下）与行政处罚的期限（1日以上15日以下）结合起来考虑，就不难理解许多国家的立法为何将有期徒刑的下限规定为1天或几天。各国学者基于这种犯罪与刑罚观念的差异，对短期自由刑之“短期”提出各种不同的主张也就不难理解。总之，短期自由刑之“短期”没有一个世界统一的标准，要根据各国的犯罪观念、刑罚观念以及有期徒刑的上下限来具体确定。

（三）我国短期自由刑界定标准的提出

我们知道，各国对有期徒刑期限的立法规定存在较大差异，对犯罪与刑罚（自然包括有期徒刑）的观念存在很大不同，这直接决定了各种主张的差异性。我们不能无视我国刑法理论和刑事立法、司法的具体国情而照般国外学者的主张。在我国有期徒刑下限为1个月的立法条件下，支持国外学者主张的“一周说”、“二周说”、“30日说”是毫无意义的。笔者认为我国应当采用“3年说”，即我国应将短期自由刑之“短期”界定为3年以下，主要理由为：

1. 有相关的立法佐证。尽管我国刑法学界及刑事立法、司法机关对短期自由刑未予以足够的重视，没有提出、制定一套较为完善的应对措施，但也并非毫无作为，我国《刑法》中的一些规定就体现了避免短期自由刑弊端的立法意图。从这些规定来看，立法者是将3年以下自由刑视为短期自由刑的。其中最为有力的立法佐证是刑法关于缓刑适用对象的规定。缓刑制度，有的国家也称为执行犹豫制度，是为了解决短期自由刑的弊端而被各国刑法普遍采用的制度之一。这也是我国刑法中针对短期自由刑问题为数不多、但最为有力的立法举措。根据《刑法》第72条的规定，适用于缓刑的对象是，根据犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的、被判处拘役或者3年以下有期徒刑的犯罪分子。由此可知，我国立法者是将3年以下有期徒刑和拘役视为短期自由刑的。

2. 具有实践根据。1986年我国司法部曾经组织了一次全国性的“提高改造质量和预防重新犯罪”的抽样调查活动。调查将3年以下短刑犯列为专项，在全国范围内进行了一次较为全面、深入的调查。调查显示，我国对被判处3年以下有期徒刑或拘役的短刑犯的矫治效果较差，重新犯罪率较高。劳改部门也反映，对3年以下短刑犯难以采取较为系统的改造措施。以上状况是在我国采取“3年说”的实践根据。我们知道，短期自由刑之所以成为刑罚学与刑事政策学的重要研究课题之一，其中一个重要理由就是短期自由刑的刑罚效果不理想、存在很多弊端。以上调查显示，在我国，3年以下有期徒刑等短期自由刑的受刑人的累犯再犯率高（狱中相互感染、因被“标签”而难以再社会化等无疑是其背后的原因之一）、改造效果差（时间太短是其中的一个原因，绝大多数短刑犯在扣除判决前羁押期间后，实际予以执行的时间往往很

短），非常有必要对其予以专门的研究，以便采取相应的应对措施。可见，从实践的需要来看，将3年以下（含3年）有期徒刑和拘役作为短期自由刑予以研究是妥当的。

二、短期自由刑利弊之比较研究

国外对短期自由刑的利弊之争已持续了一个多世纪。我国刑法学界对短期自由刑问题的关注远不如国外，很少有人对3年以下有期徒刑的优劣进行探讨，但对拘役这一典型的短期自由刑刑种的优劣则存在极为激烈的争论。

（一）中外刑法学界的不同主张

中外刑法学者对于短期自由刑褒贬不一，存在以下三种观点：

1. 否定说

（1）国外学者的否定意见

从国外对短期自由刑争论的历史来看，最早对短期自由刑存在的合理性提出质疑的是刑事人类学派的鼻祖、意大利著名刑法学家龙勃罗梭(C.Lombroso)，他认为，监狱改造罪犯几乎始终是一例外，尤其是短期自由刑，“罪犯聚于一处，互为习恶，徒增犯罪之事。”由于狱中愈益严重的交叉感染，监狱教育只能生产出更多的累犯和惯犯。其指出，国家把犯罪人关起来，服满刑后又把他放出去，将使社会的危险增加，因为犯罪人已经准备了更充分的条件来反对社会，他们所获得的监狱经验和训练使之得以继续其惯行。德国著名刑法学家李斯特(F.v.Liszt)也认为，“短期自由刑既无改善，亦无威慑之效果，只有打击犯罪经历之人的自尊心而已。”1946年国际刑法及监狱会议、1950年国际刑法及监狱会议均对短期自由刑的弊端进行了总结。概而言之，国外刑法学界所指出的短期自由刑之弊端主要有以下几点：第一，短期自由刑由于时间太短，所以一方面惩罚功能太弱，不具有刑罚的威慑力，一般预防效果差，另一方面，行刑机关没有足够的时间来了解各个罪犯的特点，制订个别处遇方案，并依此有针对性地对其进行矫正和教育，因而教育改善功能差。第二，被适用短期自由刑的人，大多为初犯或轻微犯罪，这些人尚有一定的羞耻心，容易改过自新。然而一旦关押，就同其他罪犯一样被贴上犯罪分子的标签，降低了自尊心，这会导致其产生自暴自弃的心理，有可能走上再犯道路。第三，入狱必然丢失工作，这会给罪犯未来的生活带来后顾之忧，也会给罪犯的家庭生活带来重大的不利影响。物质上的贫困使受刑者释放后很难重返社会，从而更容易走上再犯道路。第四，执行短期自由刑的场所大多设施不善，房舍不足，往往将受刑人聚集在一起，而且管理人员往往也不称职，难以履行矫正职责，这极易使罪犯间发生交叉感染，相互交流犯罪经验和技能，强化犯罪意识，从而增大罪犯的人身危险性，制造出更加危险的累犯。第五，短期自由刑的受刑者大多属于下层阶级的人，上层阶级的犯罪人往往只被处以罚金，这恐怕加深了受刑者的不公正感。第六，短期自由刑的受刑者过多地占用了监狱设施，给行刑实务造成过大的负担。

（2）我国学者的否定意见

在我国也曾就短期自由刑（仅限于拘役）的利弊展开过争论，有学者曾对争论中提到的主要弊端进行过总结。其内容与上述国外学者大同小异。

2. 肯定说

（1）国外学者的肯定意见

国外认为短期自由刑具有积极意义的学者，论证了短期自由刑的一些有利作用，如：短期自由刑对初犯者、机会犯人、过失犯具有冲击作用，有利于防止他们再次犯罪；从监狱的实际情况来看，刑期短会提高监狱的利用率，反而是短期自由刑的一个优点；由于短期自由刑是自由刑，因而与财产刑不同，在不分贫富起相同作用这一点上，符合公平的观念，避免刑罚的不公平；在短期自由刑是自由刑这一点上，与作为财产刑的罚金相比，其给受刑者造成的痛苦更为明显，刑罚的性质更加凸显，具有刑罚的意义；从一般预防的观点来看，保留短期自由刑是必要的；等等。毕克迈耶(K.Birkmeyer)鎔€、华哈(Adolf Wach)、谢利(Seelig)、约翰尼斯·安德聂斯(Andenaes)等学者就是这种主张的代表。

（2）我国学者的肯定意见

我国持肯定说的学者认为：资产阶级某些刑法学者的所谓短期刑的种种弊害是失妥的。他们所说的流弊，并非是由于刑期之短所决定的。比如威慑力与刑期长短没有必然联系。何况刑罚的作用也并不仅仅在于威慑力。至于交叉感染恶习及受刑所带来的一些后果等，那是行刑中的管理和释放时的安排问题，与刑种本身关系不大。实践证明以罚金刑代替短期刑，其效果并不如意，继续犯罪者并不少见。特别是对青少年犯、偶犯、过失犯等，以罚金刑替之短期刑，不如用短期刑给他们以严厉的反省和接受教育的机会有益。

3. 折衷说

对于短期自由刑的利弊，中外刑法学界的肯定说与否定说之间展开了激烈的争论，成为现代刑法改革中最大的理论争议问题之一。对立观点的统一过程虽然是缓慢的、困难的，但二者在一定条件下也是可以相互妥协的，因而在中外刑法学界都出现了折衷说。

(1) 国外学者的折衷意见

自从德国刑法学家李斯特(F. v. Liszt)对短期自由刑提出责难以来，短期自由刑的否定论几乎成了教条，但最近的短期自由刑理论在朝着积极评价的方向发展，折衷说有逐渐居于主导地位的趋势。1960年于伦敦召开的联合国第二届预防犯罪与罪犯处遇会议通过的《关于短期自由刑的决议》，就是各种不同观点相互作用、相互妥协的结果。该决议既指出了短期自由刑的种种不足，又肯定了它的存在价值。德国刑法学家耶赛克(Hans Heinrich Jescheck)和魏根特(Thomas Weigend)也持折衷说。

(2) 国内学者的折衷意见

我国学者大多持折衷说。持此观点的学者认为，拘役刑虽然存在一定的弊端，但应予以保留并加以完善：包括拘役在内的短期自由刑并非一无是处，其除了具有上述肯定说所列的优点外，无论是在理论上还是在实践中，其惩罚教育、改造功能是不可抹煞的。

(二) 对短期自由刑利弊之争的评析

通过比较不难发现，中外刑法学界对短期自由刑利弊的争论大同小异。笔者认为，彻底否定短期自由刑的观点和完全肯定短期自由刑的观点都是片面的，只有折衷说才是一种科学的态度。综合中外刑法学界的争议，笔者拟对短期自由刑之利弊做以下评析：

1. 短期自由刑与一般预防论、特别预防论

目的刑论内部也存在一般预防论与特别预防论的对立。现在占主导地位的是双面预防论，认为对犯罪人科处罚刑，兼具一般预防和特别预防的目的，既威慑、警戒一般人犯罪，也预防犯罪人重新犯罪。中外刑法学界对短期自由刑弊端的抨击，许多都是以一般预防论、特别预防论或者双面预防论为其理论根据，认为短期自由刑无法实现预防犯罪的目的。笔者认为，短期自由刑并非完全无法实现刑罚的目的，因为连财产刑、资格刑等非监禁性刑种都具有特别预防和一般预防的目的性，更何况作为剥夺自由刑的短期自由刑，而且，由于人们的性格、年龄、职业、经历、教育程度、羞耻心等具体情况的不同，对刑罚的感受也会各不相同，对一些人难以起到威慑作用的短期自由刑可能对另外一些人会起到这种作用（对某些人哪怕是予以一般的行政处罚也可起到这种作用）。毋庸置疑，蔑视刑法、不思悔改的人毕竟是少数，因此，一概否定短期自由刑之合刑罚目的性是片面的。在此，笔者想探讨一下短期自由刑的期限与特别预防的关系，因为这正是其受到否定说猛烈抨击的痛处之所在。中外刑法学界都有学者提出和讨论过有期自由刑的“刑期过剩”和“刑期不足”问题。所谓刑期过剩，是指宣告的刑期超过了刑罚特别预防目的的需要；所谓刑期不足，是指宣告的刑期不足以制止犯罪人再犯罪。这被视为有期自由刑的弊端之一而受到抨击。许多国家的立法针对这一问题规定了减刑和加刑制度，也有国家采取了不定期刑制度。笔者认为，短期自由刑作为有期自由刑的具体类型，并不因为其刑期较短而例外，其同样存在刑期过剩和刑期不足的问题，即对有些犯罪人来说可能刑期不足，而对另外一些犯罪人来说则可能刑期过剩，否定说仅仅着眼于其刑期不足的方面是片面的。

2. 短期自由刑的利弊与其他刑种的利弊

中外刑法学界对短期自由刑提出的许多非难是不可否认的，但其中一些弊端并非为短期自由刑所独有，其他刑种、尤其是长期自由刑也存在。如：可能造成对犯罪人再社会化的困难；在客观上给犯罪人之间的恶习传染提供了客观条件；损害受刑人的自尊心，使其失去自信、自暴自弃，等等，在长期自由刑也存在，甚至更为突出。基于短期自由刑与其他刑种的共同弊害而主张将其予以废除的作法，不是一种客观公正的态度。其实，现代刑罚中的任何一个刑种都存在一定的弊端，负责任的态度不是一废了之，而是应当扬其长避其短。

3. 短期自由刑与轻刑化

虽然短期自由刑存在弊端是有目共睹的，但这并不意味着长期自由刑比其更好或没有弊端。迷信刑罚的威慑力，尤其是迷信重刑（如长期自由刑）对未然之犯罪的遏制效果以及对已然之犯罪人的矫正功能的观点是不足取的。轻刑化是当代世界刑罚改革的趋势，因而短期自由刑又重新受到了许多国家的青睐，地位日渐上升。无视轻刑化这一世界刑罚改革潮流，简单地废除短期自由刑的做法是欠妥的。

4. 短期自由刑与刑罚执行方式

从中外刑法学界的争论来看，否定说所指出的一些弊端并不是短期自由刑本身具有而不可避免的弊

端，而是由于执行不科学造成的，如受刑人之间的相互感染恶习；隔断行为人的社会联系，而对其本人和家庭造成经济上的困难；不利于其改造和复归社会，等等。这些弊端可以通过强化分类制度、采用半监禁等变通执行方式减轻或避免。

综上所述，由于国情不同，各国对短期自由刑的利弊的看法并不相同。彻底的肯定说将短期自由刑说得那么完美无疑是不妥当的，如果短期自由刑确实很好，就不会引起100多年来对其利弊的争论了，短期自由刑存在弊害是不可否认的；但彻底的否定说将短期自由刑否定得一无是处也有失偏颇。对短期自由刑的科学态度是其有利也有弊，有时利大于弊，有时弊大于利，因各国的不同国情而别。

三、短期自由刑存废之比较研究

基于短期自由刑利弊之争的不同立场，中外刑法学者在短期自由刑的前途问题上展开了聚讼，在这一问题上存在主存说和主废说的对立。

（一）中外刑法学界的不同主张

1. 主废说

（1）外国刑法学界的主废说

对短期自由刑持彻底否定说的学者基于短期自由刑的诸多弊害，提出废除短期自由刑的主张。龙勃罗梭(C. Lombroso)、李斯特(F. v. Liszt)、柯罗尼(Krohne)、鲍曼恩(Baumann)、奎塞尔(Quensel)即持此种主张。

（2）我国刑法学界的主废说

在我国，短期自由刑包括3年以下有期徒刑和拘役两种。在这两种具体类型中，还没有人提出废除3年以下有期徒刑的主张，但是有不少学者提出了废除拘役刑的主张。我国台湾地区也有学者主张废除其刑法中的拘役，如林山田、高仰止等。

2. 主存说

（1）外国刑法学界的主存说

在国外，绝对废除短期自由刑的论点并没有占据绝对的优势，主张保留并完善短期自由刑的观点也占有一定地位。在德国，多数学者主张不能完全废除短期自由刑，认为虽然1个月以下的自由刑应当否定，但是1个月以上6个月以下的自由刑应当看作是例外。德国刑法学家耶赛克(Has Heinrich Jescheck)和魏根特(Thomas Weigend)也主张保留短期自由刑。《德国刑法典》第47条虽对短期自由刑的适用进行了限制，但是并不排除在必要的情况下适用短期自由刑。

（2）我国刑法学界的主存说

在我国大陆地区，对拘役应否作为一个刑种在刑法中加以规定，从1956年讨论《关于刑事案件的罪名、刑种和量刑幅度的初步总结（初稿）》，到1979年的《中华人民共和国刑法草案》，一直都存在着争论。在刑法起草过程中，关于是否规定拘役刑的争论也相当激烈，但最后仍是根据大多数人的意见，在刑法中保留了拘役这一刑种。尽管关于拘役这一短期自由刑刑种的存废之争并未停止，但目前我国绝大多数学者仍主张保留短期自由刑。

台湾地区也有学者主张保留其刑法中的短期自由刑，如韩忠谟。他认为，短期自由刑虽有缺点，但非无补之方，如可以通过易科罚金等方式弥补其不足，故主张保留包括拘役在内的短期自由刑。

（二）对短期自由刑存废之争的评析

笔者认为，对短期自由刑存废之争源于其利弊之争，但又有其相对独立性，在此想对这一争论作如下评述：

1. 短期自由刑的存废应建立在对其利弊大小的权衡上

目前中外刑法学界的主流都认识到短期自由刑的弊害，但这并不足以作为废除短期自由刑的理由，因为现代刑罚体系中的任何一种刑罚无不因其弊害而受到过抨击。对一个刑种的废除，应是对其利弊进行权衡后认为弊多利少而做出的决断，仅仅因为其有弊害而将其废除无疑是因噎废食、缺乏理性的作法。

2. 短期自由刑的理论与实践的差异

主废说尽管曾在国外刑法学界占据主导地位、而且目前仍占有重要的地位，但是在刑事立法上采纳否定说而彻底废除短期自由刑的国家很少见。绝大多数国家采取的是保留但限制适用的作法，如德国《德国刑法典》第47条第1款。据统计，英国的短期自由刑适用率从1913年以来也一直在减少。但是，也存在一种相反的趋势，即一些国家的短期自由刑的适用呈现增加的趋势，如荷兰、瑞典、瑞士等国，增加短期自由刑的倾向就相当明显。

综上所述，短期自由刑的主张说是片面的，主存说才是理性的，但决不可无视短期自由刑本身或由于执行方式不当等所造成的弊端，所以在短期自由刑存废问题上的科学态度应是：保留但应予以完善。

四、短期自由刑改革方式比较研究

针对短期自由刑的诸多弊端，各国刑法理论界提出了不少的改革方案，这些方案也被许多国家的立法和司法所采纳。在短期自由刑改革运动中，各国（地区）所采取的具体措施多种多样，概而言之，世界各国的短期自由刑改革方式主要分为替代型改革方式和完善型改革方式。

（一）短期自由刑替代手段比较

短期自由刑的替代是指将短期自由刑易科为其它非监禁刑。综而观之，当今世界各国刑法中对短期自由刑的替代手段主要包括以下四种类型：

1. 易科罚金

（1）国外的理论及立法

1872年于伦敦举行的第1届国际刑法及监狱会议上，就讨论了监禁易科罚金的可能性，会议推荐用日罚金等代替短期监禁。1925年在伦敦举行的第9届国际刑法及监狱会议上，再一次建议尽一切努力用罚金等措施代替短期监禁。1950年在海牙召开的第12届国际刑法及监狱会议的决议更是就用罚金代替短期监禁提出了具体的制度设计。国外采用这一替代手段的典型立法例是德国刑法。根据《德国刑法典》第47条第2款规定，若对某行为的量刑不超过6个月以上的，且按第1款规定，自由刑的执行不是绝对必要的，则法院可以处以罚金刑。对德国这种短期自由刑易科罚金改革的意义，德国学者约阿希姆·赫尔曼予以高度评价：“这次改革的意义可以同废除属于肉刑的死刑媲美。”

（2）我国的理论及立法现状

我国台湾、澳门地区的刑法中都规定了短期自由刑易科罚金制度。我国大陆地区刑法对此未作规定，在实践中也一直持否定态度。我国大陆刑法学界对短期自由刑（主要是对拘役）易科罚金刑，存在三种不同观点：第一，完全肯定说。这种观点认为，应当允许法官在认为必要时，对所有拘役刑判决都可以罚金刑予以替代。第二，彻底否定说。这是我国刑法学界绝大多数人的观点。如有学者指出：用罚金刑来易科徒刑或拘役，对于不同贫富状况的受刑者来说是不公平的。此外，如果允许易科，将会混淆不同性质的刑罚，使刑罚起不到应有的作用。第三，折衷说。持这种学说的学者一方面认识到自由刑易科罚金的刑事政策意义，另一方面也认识到了这种易科的弊端。我国还有学者对建立适用于被判处管制、拘役、3年以下有期徒刑犯罪分子的易科罚金制度提出的具体的立法建议。

（3）评价

在上述三种观点中，笔者赞同折衷说，认为短期自由刑在一定范围内易科罚金刑是必要的、可行的，但是，这一作法确实具有贫富不平等性等弊端，所以在适用范围上应当有所限制，且应建立一些相关的制度减轻、克服其弊端。

第一，设立易科罚金制度的目的是为了回避、减少短期自由刑宣告和执行的一些消极作用。如可以回避短期自由刑执行过程中可能造成的狱中交叉感染等许多弊端。

第二，我国许多学者反对短期自由刑易科罚金主要理由是认为这种易科制度是以罚代刑、以钱赎罪，我们认为，罚金也是一种刑罚，刑罚之间互相易科并不是以罚代刑、以钱赎罪。

第三，易科罚金刑的弊端可采取一定的措施予以避免。在短期自由刑易科罚金时，罚金额应当考虑犯罪人的财产状况而定，必须使犯罪人易于缴纳，如果犯罪人不能缴纳，则有悖易科的本意。为使罚金容易缴纳，可以采用以下配套方法：一是延期交纳罚金；二是允许分期缴纳罚金；三是收入不足时可暂停缴纳；四是缴纳罚金额的一定比例之后可以免除其剩余数额，等等。

第四，我国不宜全面实行短期自由刑易科罚金制度。考虑到自由刑易科罚金毕竟还是有其弊端的，为了避免对人们的法感情造成严重伤害，在我国目前的法制条件下，对其适用范围应当予以必要限制，不能全面适用于短期自由刑，如可以限制只适用于拘役。

2. 易科服劳役

易科服劳役，也是各国刑法学者提出的短期自由刑的替代手段之一，是指不将受刑人拘禁于监狱或一定的场所，而仅仅强制其向国家机关或其他的公益团体提供一定时间的无报酬的劳务的刑罚替代手段。在历届国际刑法及监狱会议上多次建议以此方法为短期自由刑的替代措施，如第1届国际刑法及监狱会议上，就讨论了用不剥夺自由的强制劳动代替短期监禁的可能性，会议推荐用农业劳动等代替短期监禁；第12届国际刑法及监狱会议上的决议也指出，不予以拘禁而强制劳动的方法在代替短期自由刑时应被考虑采用。

采用这一替代方式的典型国家是英国。英国1972年制定的新《刑事司法法》（Criminal Justice Act, 1972）第15至19条创设了社区服务命令（Community Service Order）制度，用以代替短期自由刑。

3. 易科训诫

1950年在海牙举行的第12届国际刑法及监狱会议的决议指出，司法谴责方法在代替短期自由刑时也应考虑采用。其所指的司法谴责就是指训诫，训诫是指告诫犯罪人其已犯之罪、训导其将来不要再犯。我国台湾地区的刑法中就有这种易科规定，其适用对象一般应限于犯罪动机出于公益或正义感，且从宽情节非常突出，缺乏执行短期自由刑必要性的案件。

4. 易科剥夺资格

1950年在海牙举行的第12届国际刑法及监狱会议的决议指出，必要时禁止一定职业或活动的方法在代替短期自由刑时也应考虑采用。所谓易处剥夺资格即易科剥夺犯罪人公法或私法上的某种权利。禁止驾驶就是一种在许多国家较为普遍使用的短期自由刑替代手段。

（二）短期自由刑完善措施比较

中外刑法理论和立法中的短期自由刑完善措施主要包括：

1. 减少短期自由刑的宣告

减少短期自由刑宣告的措施很多，如规定对特定对象不得适用短期自由刑，如俄罗斯刑法典，但是较为普遍地被各国所采用的还是刑事犹豫制度。刑事犹豫制度可以分为警察阶段的微罪处分制度、检察阶段的起诉犹豫制度（缓起诉制度）、审判阶段的宣告犹豫制度及执行犹豫制度（缓刑制度）、行刑阶段的假释制度等。其中，刑事犹豫制度中的微罪处分制度、起诉犹豫制度、宣告犹豫制度都可以起到减少短期自由刑宣告的作用。

（1）微罪处分制度。微罪处分制度，在美国、德国等国家也称为警察转处（police-based diversion）制度，是指警察机关对不需要给予刑事处分的轻微犯罪不送至检察机关，而予以自行终结处分的制度。采用这一制度的典型国家是日本。根据日本有关法律规定，警察机关在实施微罪处分不移交案件时，可进行以下处置：对犯罪嫌疑人予以严厉训诫，并告诫其将来不得再犯；请犯罪嫌疑人的监护人、雇主或其他监督权人到场，敦促其将来应当对该人严加监督，并要求其出具保证书；告之犯罪嫌疑人应当对被害人予以损害赔偿、道歉或其他的适当表示。

（2）起诉犹豫制度

起诉犹豫制度是指检察机关对较轻的犯罪有条件地不起诉。具体来说，是指检察机关对于有犯罪嫌疑且具备起诉条件的案件，认为无追诉必要时，决定不予起诉的制度。采取这一制度的有德国、美国、比利时、日本等。日本是采用这一制度比较典型的国家。我国虽然在刑事诉讼法上对起诉犹豫制度（也称暂缓起诉或缓诉）没有规定，但在实践中，已经有不少检察机关在尝试实施这一制度（尤其是针对青少年犯罪）。

（3）宣告犹豫制度

宣告犹豫制度，是指审判机关经过审判确定行为人的行为构成犯罪，但暂时不宣告其有罪，而在一定期限内交有关机关对行为人进行监督考验。如果行为人在此考验期限内遵守所规定的条件，便不再作有罪宣告；如果没有遵守所规定的条件，则作有罪宣告；如果在考验期内再犯新罪，则新罪与前罪并罚。采取这一制度的国家有韩国、美国、英国、比利时、丹麦、瑞典、挪威、加拿大等。美国从1849年开始，法院便利用职权实行宣告犹豫；1878年马萨诸塞州率先将宣告犹豫立法化。英国的宣告犹豫制度也称为刑罚延期宣告制度，是1972年《刑事司法法》新设的。

2. 减少短期自由刑的实际执行或实际执行的时间

为了避免短期自由刑的弊端，各国建立了一些减少短期自由刑的实际执行率或实际执行时间的制度，其中最重要的就是刑事犹豫制度中的执行犹豫制度和假释制度。

（1）执行犹豫制度

刑罚的执行犹豫制度，是指法院经过审判确定行为构成犯罪后，作出有罪宣告且宣告刑罚，但有条件地不执行刑罚。最早将执行犹豫制度立法化的国家是比利时，其于1888年就确立了执行犹豫制度。德国、日本、意大利、俄罗斯、法国、美国等国家都规定了这一制度。我国刑法规定了执行犹豫制度，称之为“缓刑”。在我国，对短期自由刑犯中的大多数仍然采取传统的监禁方式进行处置，缓刑的适用比例较低。基于此，有学者认为，在我国减少短期自由刑的适用、扩大缓刑的适用任重道远。因而，在我国避免和减少短期自由刑弊端的工程中，缓刑制度的作用仍有扩大的余地。

（2）假释制度

假释是指在审判机关宣告的刑期还没有执行完毕的过程中，由于受刑人符合一定的条件，暂时停止其

刑罚的执行，提前释放，在剩余的刑期中，如果其遵守一定的规定，就认为原判刑罚已经执行完毕的制度。现代意义上的假释制度最早实行于美国，1876年纽约州制定的《爱尔密拉教养院法令》（N. Y. Elmira Reformatory Act）是第一个关于假释制度的立法。当今世界各国刑法中一般都规定了这一制度，如德国、意大利、日本、俄罗斯、韩国等。我国刑法也规定了这一制度。假释制度本是为了弥补长期自由刑的缺陷而设立的。我国也将拘役犯这一典型的短期自由刑犯排除在假释制度之外，但并未将3年以下有期徒刑犯排除在外，因而假释制度对这部分短期自由刑犯仍然可以发挥积极作用

3. 采用短期自由刑的变通执行方式

短期自由刑受到抨击的一些弊端其实并非其本身所必有，而是传统的全封闭执行方式的不科学造成的，一些国家对传统的自由刑执行方式进行了改革，即针对短期自由刑规定了一些变通执行方式。这些变通方式是与传统监狱执行不同的一些半自由刑性质的执行方式。这些变通执行方式虽然与剥夺自由刑密切相关，但又不同于传统的、完整意义的剥夺自由刑。这种半自由刑性质的变通执行方式主要有以下几类：

（1）周末监禁

所谓周末监禁是指利用受刑人每周的空暇时间，将其收容于监狱执行自由刑，而在工作日让其正常工作、生活。这样，既惩罚了犯罪人，减少了交通事故发生的可能性，又没有影响受刑人的工作或学习，减少了其因丧失工作或学习机会而可能造成的社会负担，也不至于使犯罪人的再社会化出现困难，从而在一定程度上避免了短期自由刑的一些弊端。周末监禁这一自由刑变通执行方式源自于德国。比利时、荷兰、加拿大、瑞士、葡萄牙都存在这一制度，美国也存在间歇监禁刑（Intermittent Imprisonment）这一类似制度。

（2）半监禁

半监禁也是短期自由刑的一种变通执行方式，即白天让罪犯参加正常工作或学习，晚上令其到狱中服刑的自由刑执行制度。从广义上讲，周末监禁也属于一种半监禁，但在一些国家，半监禁特指夜监禁。半监禁与周末监禁只是具体实施方法存在一定差异，二者目的都在于保持罪犯的正常工作、学习，避免短期自由刑的某些弊端。采用这一自由刑执行方式的国家有美国、加拿大、法国、比利时、瑞士、意大利、葡萄牙等。在美国半监禁属于间歇监禁刑（Intermittent Imprisonment）制度的一种类型。1913年美国威斯康星州最先规定这一制度，目前，美国大约有30个州存在这一制度。法国、比利时、加拿大分别于1948年、1963年、1972年引进这一制度。

（3）业余监禁

业余监禁也是国外存在的一种短期自由刑变通执行方式，是周末监禁与半监禁相结合的一种执行方式。具体实施方法是，工作日的白天允许罪犯参加正常工作，但在工作日的晚上和整个周末必须回到监狱服刑。业余监禁与半监禁、周末监禁比较，犯人每周由狱方控制的时间更多，适用于相对较长的短期自由刑判决。采用这一变通执行方式的典型国家是新西兰。此外，美国（如明尼苏达州）也有这一制度，由法院向有工作的罪犯以判决的形式予以适用；比利时也采用了这一制度，其适用对象是被判处3个月以下监禁的犯罪人。

（4）家内服刑

家内服刑也是短期自由刑的一种变通执行方式，亦称“软禁”。它要求罪犯在家里服刑，适用对象通常是短期自由刑犯。采用这一自由刑变通执行方式的典型国家是美国、土耳其。

（5）狱外服刑

狱外服刑也是国外采取的一种短期自由刑变通执行方式，其大部分适用对象的刑期都在3年以下。具体实施方法是，让犯罪人在狱外的设施（如保护观察旅馆、处遇中心等）中服刑。采用这一变通执行方式的国家有瑞士、德国、英国等。这一方式很受那些无家或无固定居所的罪犯的欢迎。这一方式的优越性在于，即罪犯既可保持正常工作、自由活动，又能接受一些矫正。

我们认为，短期自由刑的上述变通执行方式，能够减少甚至避免由于传统执行方式的不科学所带来的弊端，对于我国具有借鉴意义。具体而言：在以上变通执行方式中，家内服刑、狱外服刑的适用面很窄，而且我国已存在了类似的暂予监外执行制度，对我国借鉴意义不大；周末监禁、半监禁、业余监禁三种变通执行方式则对我国具有重大的借鉴价值。

综前所述，短期自由刑在我国有很高的适用比例，其弊端是客观存在的。我们应当基于我国的具体国情，同时注意借鉴世界短期自由刑改革运动的成果，制定一个系统的短期自由刑应对方案。当然，短期自由刑问题的解决是一个复杂的系统工程。我们认为，从刑事法制的角度而言，目前最为重要的是做好以下几个方面的工作：第一，建立短期自由刑易科罚金、易科社区服务等短期自由刑易科非监禁刑制度；第

二，健全完善刑事犹豫制度，主要是建立微罪处分制度、起诉犹豫制度、宣告犹豫制度，健全缓刑（执行犹豫）制度和假释制度；第三，改革短期自由刑的传统执行方式，采取周末监禁、半监禁、业余监禁等变通执行方式。

（作者系中国人民公安大学讲师、法学博士）

更新日期：2006-7-4

阅读次数：854

上篇文章：犯罪成立体系之比较分析

下篇文章：犯罪成立条件理论比较研究

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号