

# 通过财产实现身体控制：罚金刑的主刑化

王烁

(北京化工大学文法学院, 北京, 100029)

**摘要：**罚金刑在我国刑法中被规定为附加刑，但对于罚金刑是否应当上升为主刑的讨论一直持续。近年来，随着犯罪门槛下降和轻微犯罪增多的刑法新趋势，罚金刑主刑化的思考愈发具有现实意义。罚金刑是否上升为主刑，应当取决于其是否符合主刑设置的标准，即形式上能否广泛地适用于分则罪名是前提条件，是否符合主刑身体控制的实质特征是核心条件。从刑罚演进的角度来看，主刑发展已经历了以身体刑(生命刑、肉刑)为主到以自由刑为主的历史进程，前者直接作用于犯罪人的身体，后者通过直接控制身体活动来限制自由，而迈向以财产刑为主的变化，则是通过财产实现间接身体控制的表现。随着我国经济社会的快速发展，经济状况和人们身体活动范围日益紧密，在分则广泛设置罚金刑，通过财产实现对犯罪人的间接的身体控制成为可能，将其上升为主刑完全可行和必要。

**关键词：**罚金刑；主刑；附加刑；轻微犯罪；身体控制

**中图分类号：**D924.12

**文献标识码：**A

**文章编号：**1672-3104(2019)05-0047-08

罚金刑是否应当规定为主刑的争论，在我国学术界已经持续了数十年，虽变革罚金刑的呼声不断，但却因未有压倒性的见解，使其在立法中一直未能得以实现。自2011年《刑法修正案(八)》通过以来，我国刑法的轻微犯罪增多趋势日益明显，在此背景之下，2015年《刑法修正案(九)》对分则中的罚金刑进行的较大幅度的修订，毫无疑问成为我国刑法中罚金刑地位发展变化的重要转折点。以此为契机，结合主刑衍变发展的进程，探究主刑设置的本质要求和标准，进而在我国已处于现代经济社会的现实之下，重新对作为财产刑的罚金刑是否应当上升为主刑展开讨论，既可为我国罚金刑主刑化提供切实有力的理论依据，也可为未来刑法中罚金刑的进一步修订以及轻微犯罪制度的发展提供理论支持。

## 一、关于罚金刑是否应主刑化的争论

纵观世界各国和地区立法例，罚金刑的定位有四种模式：第一种模式是如我国一样，在刑法中将罚金

刑规定为附加刑，类似的国家还有捷克。第二种模式是将罚金刑规定为主刑的一种，如我国台湾地区“刑法”第33条规定“主刑之种类如下：一，死刑。二，无期徒刑。三，有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加减时，得减至二月未滿，或加至二十年。四，拘役：一日以上，六十日未滿。但遇有加重时，得加至一百二十日。五，罚金：新台币一千元以上，以百元计算之。”又如《荷兰刑法典》第9条规定：“1.刑罚包括：(1)主刑：a.监禁；b.拘役；c.社区劳动；d.罚金；……”<sup>[1]</sup>第三种模式是将罚金刑规定为既是主刑，又是附加刑，如《俄罗斯联邦刑法典》第45条规定：“……2.罚金和剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利既可作为主刑适用，也可作为附加刑适用。”<sup>[2]</sup>第四种模式为仅规定罚金刑为刑罚的一种，但未区分主刑、附加刑，如韩国。

20世纪八九十年代，学界即结合1979年刑法对罚金刑的地位问题展开了讨论。与前述模式相对应，有学者主张仍然将罚金刑作为附加刑，原因在于<sup>[3]</sup>：

①是否重视罚金刑的立法与适用，并不取决于罚金刑是主刑还是附加刑；②扩大罚金刑的适用范围也不是

收稿日期：2018-10-21；修回日期：2019-03-04

基金项目：国家社会科学基金项目“刑事政策实现效果评估体系研究”(15BFX085)；中国国家留学基金委资助项目“荷兰的轻微犯罪制度及其对中国的启示”(201806885012)；北京市社会科学基金青年项目“刑法中的轻微犯罪制度研究”(16FXC028)

作者简介：王烁(1988—)，男，江西万年人，法学博士，北京化工大学文法学院副教授，中国人民公安大学网络安全与法治协同创新中心特聘研究员，荷兰马斯特里赫特大学法学院访问学者、客座研究人员，主要研究方向：刑法学，联系邮箱：wangshuo8828@163.com

将罚金刑上升为主刑的理由;③将罚金刑上升为主刑后,如果认为主刑与主刑不能同时适用,则明显不利于打击犯罪。也有学者<sup>[4]</sup>提出随着政治和经济体制改革的深入,刑法观发生改变,罚金刑的适用范围必然扩大,具备了主刑化的基础,且只有上升为主刑,才能使其发挥应有的作用。即主张我国罚金刑设置应采纳第二种模式,将其设置为主刑。还有观点则认为“提高我国罚金刑的地位,扩大其适用范围,是大势所趋,不可逆转”<sup>[5]</sup>,但罚金刑上升为主刑会影响刑罚体系的科学性,所以不应当将罚金刑主刑化,而是应当取消主刑与附加刑之分。

1997年刑法并没有采纳学者要求变化的观点,而是保持了1979年刑法中的相关规定,罚金刑仍然被规定为附加刑。但对于罚金刑地位的争论并没有就此终止。1997年刑法中罚金刑适用范围的扩展,以及国内经济的快速发展,人民收入水平的提升,国际上刑罚轻缓化的立法趋势等国内外形势的新变化和新趋势,使得学界仍然有不少主张变革罚金刑的呼声,如刑法学泰斗高铭喧教授在多个场合<sup>①</sup>都曾明确提出现阶段讨论罚金刑主刑化问题的重要性。相较于之前争议颇大的三种不同观点,在现阶段的讨论中,主张提升罚金刑的地位,将其规定为主刑的呼声成为主流。但这些罚金刑主刑化观点所主张的理由似乎并没有突破20世纪争论的内容,仍然主要是适用罚金刑在现代社会所能实现的有利效果,依旧未能真正触及问题的根本,即区别规定主刑和附加刑的标准何在?抑或主刑区别于附加刑的特征是什么?“判断一种刑罚方法是否可以作为主刑,应该也只能依据是否符合主刑的特征。”<sup>[4]</sup>罚金刑是否能够上升为主刑,其所能产生的有利适用效果固然十分重要,但根本依据应当是其是否符合成为主刑所应具有的特征。

我国传统刑法理论认为主刑和附加刑的差异在于两个方面:第一,是否只能独立适用。主刑只能独立适用,不可附加适用,附加刑既可以独立适用,又可以附加适用。第二,是否能够针对一个罪适用多种刑罚。主刑只能适用一种,而附加刑则可以适用多种。两个差异之间存在着内在联系,正是因为认为主刑只能独立适用,所以认为一个罪只能适用一种主刑。但这种区分只是主刑、附加刑适用方式上的差异,是某一刑罚在总则中被规定为主刑或附加刑,在分则犯罪法定刑具体设置之后的“果”,而非为何某一刑罚被设置为主刑或附加刑的“因”。如果以这种适用上的差异作为认定某一刑罚应当被设置为主刑或者附加刑的依据,便犯了“因果倒置”的严重错误。所以不能因为我国现行刑法分则中的罚金刑既可以并罚又可以单

处,“两种主刑不能同时适用于同一犯罪行为决定了罚金刑只能为附加刑”<sup>[6]</sup>,而认为其没有成为主刑的可能,抑或认为要将其设立为主刑,则必须大规模修改现有分则中罚金刑的规定,删除所有“并处罚金”的规定。此外,主刑不能同时适用多个种类,这只是我国刑法在分则配置法定刑所产生的后果,并非所有国家和地区的刑法中的主刑都是如此设置,如荷兰刑法、意大利刑法虽然将罚金刑设置为主刑,但在某些情况下其仍然可以与其他主刑进行并处<sup>②</sup>,我国台湾地区“刑法”也在分则具体犯罪的法定刑中有“并科罚金”或“得并科罚金”的规定。所以,这种适用上的区分不足以作为判定罚金刑是否成为主刑的标准。

突破这种固有的实然讨论的局限性,从刑罚演进和发展的角度出发,挖掘主刑的本质特征,并以此为应然标准判定罚金刑的地位,才是根本上解决罚金刑地位并使之发挥最大效应的合理路径。

## 二、设置主刑的形式标准:范围较广的独立适用

从概念上看,主刑是指对犯罪所适用的主要刑罚方法,附加刑是指补充或附随主刑适用的次要的刑罚方法。补充或附随自然起到的就是次要的作用。那么主刑概念中所谓的“主要”应当体现在什么方面?林山田教授认为,“主刑乃指得以独立科处的刑罚手段……。从刑则指附随主刑科处的刑罚手段,……”<sup>[7]</sup>,即其认为主刑的“主要”体现为能够独立科处,不需要依附于其他刑罚而适用。同时,他根据我国台湾地区“刑法”的规定,认为“于例外情况下,亦有单独宣告的从刑”<sup>[7]</sup>。笔者赞同林山田教授的观点,正因为主刑可以独立科处,不需要依附于其他刑罚适用,“而从刑则有从属性质,故在原则上必先有主刑之宣告,然后始得附带科处”<sup>[8]</sup>,使得主刑的适用范围更加广泛,适用于更多的不同类型的犯罪,能够在刑罚适用中起到主要的作用。虽然也存在着可以单独适用的附加刑,但附加刑的单独适用应当属于例外情形,不能适用于较大范围的犯罪。所以,主刑应当可以独立适用于较广范围的分则犯罪,不能独立适用或者即使可以独立适用,但是仅涉及特定法益范围的个别分则犯罪的刑罚,均不能作为主刑。能够独立适用于范围较广的分则犯罪,意味着立法者在设置该刑罚时并非考虑部分犯罪的特殊性,而主要基于罪刑适当的要求,也意味着这是法官在决定刑罚时一个重要的考量选项,自然能够成为轻重有序的主刑阶梯中的一部分。

我国 1979 年、1997 年两部刑法的总则对于刑罚种类的规定并无差别，附加刑均设置为剥夺政治权利、罚金、没收财产、驱逐出境等刑罚。理论上，我国刑法中所有的附加刑均可单独适用。但实际上在分则法定刑设置中，并没有单处没收财产的规定，即没收财产并不能单独适用，只能附加适用，所以没收财产刑完全没有成为主刑的可能，只能作为附加刑。驱逐出境虽然可以独立适用，且理论上可以适用于所有一般主体的犯罪，但其“仅适用犯罪的外国人，不具有普遍适用的性质”<sup>[9]</sup>，刑法也只是将其规定为一种特殊的附加刑。对于剥夺政治权利、罚金，笔者对 1979 年和 1997 年刑法分则各罪法定刑进行统计，1979 年刑法分则共有条文 103 条，可单处剥夺政治权利的条文为 13 条，可单处罚金的条文为 20 条；1997 年刑法制定之初，共有罪名 413 个，其中可单处剥夺政治权利的 27 个，仅占 0.65%，且集中在 4 个章节中<sup>③</sup>，单处罚金的 70 个，占 16.9%，绝大部分分布在破坏社会主义市场经济秩序罪一章中<sup>④</sup>。

可以看出，1979 年刑法和未经修正的 1997 年刑法中，能够适用单处剥夺政治权利和单处罚金的罪名仅占分则罪名的极少比例，且集中规定在某一种类特定犯罪中，不具有适用范围较广的特征。之所以如此，原因在于对剥夺政治权利和罚金刑的自身特征和传统理论的认识。剥夺政治权利是资格刑，目标在于剥夺犯罪人的政治权利，防止其利用相应的资格或权利再次实施犯罪，其主要针对的是危害国家安全等涉及政治权利的犯罪，适用的范围较窄。而“我国一直强调配置罚金刑的主要根据是预防和剥夺，即针对贪利性犯罪罚没财物，抑制其犯罪动机、剥夺犯罪能力”<sup>[10]</sup>，其主要适用于贪利性或者使用财产作为工具等与财产有关的犯罪，少数适用于妨害社会管理秩序等犯罪。同样将罚金刑作为附加刑的捷克刑法，在条文中明确规定“如果罪犯是为自己或者他人获取或者试图获取财产利益而实施故意犯罪的，法院可以适用罚金”<sup>[11]</sup>。所以，在制定 1979 年和 1997 年刑法时，罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境等刑罚均不能独立适用于范围较广的分则犯罪，将它们定位为附加刑是正确的。

而在将罚金刑作为主刑的国家，我们可以看出其独立适用范围上的明显区别。如在荷兰刑法中，不论是重罪还是轻罪，绝大部分分则犯罪均设置有可独立适用的罚金刑，重罪配置的独立适用罚金刑以五级和四级罚金为主，轻罪则配置以三级、二级、一级罚金。毫无疑问，只有独立适用于范围较广的分则犯罪，才能够使得罚金刑在全部判决的刑罚后果中占有较高比

例，成为处理刑事案件所主要适用的刑罚。

### 三、设置主刑的实质标准：实现身体控制

有学者认为，“从旧刑法到新刑法的演变过程来看，财产刑的适用范围有着明显的扩大。其根本原因是随着我国经济的飞速发展，侵财型犯罪、经济犯罪、贪污贿赂犯罪已经成为危害社会最为严重的犯罪。而最直接的应对手段莫过于‘剥夺违法者违法所得的利益’。因此，财产刑的广泛适用成为一种必然”<sup>[12]</sup>。笔者认为并非如此，罚金刑能够广泛适用的本质在于其对犯罪人身体控制能力的上升。

相较于是否可以独立适用于较大范围个罪的形式标准，决定某刑罚是否能成为主刑的更为重要的标准应当是深层次的实质标准。但形式标准和实质标准并非是完全割裂的两套标准，而是一枚硬币的正反两面。某刑罚之所以可以独立适用于较大范围的个罪，原因在于其能够实现刑法所希望主刑应当实现的效果。反之，正因为该刑罚能够实现这样的效果，刑法才需要对其进行大范围的设置。只有同时符合形式标准和实质标准，某刑罚才能够作为主刑存在。

“人是一切价值存在的基础和前提，也是法价值存在的基础与前提，是法价值的最终归宿。”<sup>[13]</sup>人的身体则是承受这些法价值的载体。“文明社会的特征就在于：直接的人身强制(也受到某些限制)是国家的特权，而法律则是国家对公民行使这项特权时所依据的一套规定。”<sup>[14]</sup>刑法则是法律中行使这项特权最为重要的规定，相较于其他制裁后果，刑罚的最重要目标即实现对犯罪人的身体控制，进而实现对犯罪人的规训。在我国的传统刑法制度中，不论是以肉刑为核心的“墨、劓、剕、宫、大辟”的奴隶制五刑，还是以劳役刑为中心的“笞、杖、徒、流、死”的封建制五刑，或是直接针对犯罪人人身的物质基础——身体，或是针对犯罪人支配自己身体活动的自由，本质上都是对犯罪人身体的控制。我国现代刑法中的五种主刑，死刑直接针对身体，无期徒刑、有期徒刑、拘役等剥夺犯罪人的自由，管制限制犯罪人的自由，均是对犯罪人身体的控制。刑罚的人道化使得主刑不再直接作用于身体本身，但这并不意味着主刑不再与人的身体相关，只是与身体的联系形式发生了变化，由直接作用变为间接控制。学者在判断罚金刑是否能够成为主刑的问题上颇多异议，关键在于认为“财产刑所剥夺的利益与自由、生命刑所剥夺的权益二者之间的……

显著差别是:财产利益具有不均等性,而自由、生命具有均等性”<sup>[15]</sup>。自由刑和生命刑的均等性差异便源于这种与身体的关联性。

犯罪行为是一个主客观相统一的过程,行为人在主观意识(罪过)的支配下支配自己的身体实施客观实行行为。“责任的唯一公正基础是处于某人控制之下的行为,也即,通过某人身体延展(extensions of one's body)所确定能带来的结果。”<sup>[16]</sup>犯罪行为的严重程度既与行为的社会危害性等客观因素相关,也受行为人的主观恶性和人身危险性等主观因素影响。根据罪责刑相适应原则,对犯罪行为施加的刑罚必然受到这几项因素的影响,刑罚尤其是主刑应是对犯罪行为的主客观因素的多重回应,这些回应都必然主要通过施加于犯罪人的身体之上而实现。从回应的对象上看,给个人、社会、国家造成直接的客观损害的是行为人身体所实施的客观行为,对其的回应当然应针对该身体;主观因素没有形态,无法直接作用其上,只能通过其载体即身体来实现。从回应的效果看,同样的刑罚针对不同的犯罪人应当要求实现同样的回应效果。但如同不存在两片完全一样的树叶,也不可能存在两个完全一样的犯罪人,又如何能够保证实现同样的回应效果?人与人之间必然存在差异,但人与人之间又要求平等,两者并不存在冲突。前者针对的是人的社会属性,人在后天社会化过程中必然会发展出不一致的社会身份,如经济状况、社会地位、政治面貌等,社会人必然会存在差异。后者针对的是人的自然属性,即人在出生时所具有的先天身份毫无差异,“人生而平等”也是在这个意义上的表述,自然人必然平等。刑罚在回应犯罪行为时,不能针对人的社会属性进行回应,只能针对其自然属性,如此才能实现同样效果的回应。因此,对作为自然人的犯罪人的回应,必然针对其身体。从回应的目标看,不论是报应刑论、目的刑论还是教育刑论,都必须实现对身体的控制。为了实现报应或者预防的刑罚目的,刑罚应当给犯罪人带来惩罚的痛苦,而这种痛苦最为直接、让犯罪人感受最深的方式当然是对其身体的处置。虽然“教育刑论认为行刑的目的不在于惩罚,而在于对犯罪人的教育和改善作用”<sup>[17]</sup>,但要实现对犯罪人的教育,前提也必须控制犯罪人的身体。

刑罚轻缓化、人道化是刑罚未来发展的世界性趋势,但是始于肉刑的刑罚不论如何发展,犯罪人的身体在犯罪行为的实施和刑罚对犯罪行为的回应上的重要性,使得“凡是稍微重要的刑罚必然包含着一种酷刑或肉刑的因素”<sup>[18]</sup>,即对犯罪人身体的控制。这是

一种刑罚能够成为主刑所必须具备的实质性特征。

#### 四、罚金刑将符合主刑的形式标准:轻微犯罪的增加

《刑法修正案(九)》在刑法分则多个章节中大规模增设罚金刑,增设“单处罚金”的均为3年以下有期徒刑的量刑档次。在所有增设罚金刑的罪名中,3年以下有期徒刑的量刑档次有50%增设了“单处罚金”的独立适用;在法定最高刑为3年以下有期徒刑的罪名中,则有超过60%的罪名增设了“单处罚金”。

笔者认为这种立法趋势将在未来持续,罚金刑将在形式上符合独立适用于较大范围罪名的主刑标准。笔者之所以作出如此论断,原因在于近两次刑法修正案所体现出来的一个愈发明显的立法趋势,即犯罪门槛下降,轻微犯罪<sup>⑥</sup>增加。由于轻微犯罪的犯罪行为情节相较而言比较轻微,对其进行刑事处罚时可以仅适用财产刑,即在法定刑配置“单处罚金”。未来这种轻微犯罪立法趋势的继续,必然将使得刑法中出现更多的法定最高刑在3年以下有期徒刑的犯罪,也就会有越来越多犯罪的法定刑中规定有“单处罚金”。

1997年新刑法实施后的10次刑法修正案中,《刑法修正案(一)》至《刑法修正案(五)》均未出现对轻微犯罪的修正,而从2006年《刑法修正案(六)》开始,出现了针对轻微犯罪的修正。《刑法修正案(八)》虽然只有1个条文涉及轻微犯罪,但其在刑法中第一次确立了法定刑不含有期徒刑、法定最高刑仅为拘役的罪名,而2015年的《刑法修正案(九)》则出现了轻微犯罪修正的井喷现象,该修正案中涉及轻微犯罪的条文多达14条,涉及罪名23个,其中新增轻微犯罪罪名13个。在这些新增罪名中,又设置了使用伪造、变造、盗窃身份证明证件罪和代替考试罪等两个法定最高刑仅为拘役的罪名。综观近5次的刑法修正案,共计修正轻微犯罪罪名30个,其中犯罪化的有24个,重刑化的有4个<sup>⑦</sup>,新增罪名15个<sup>⑧</sup>。可以说,《刑法修正案(六)》以来的5次修正中所出现的轻微犯罪修正情况表明,轻微犯罪的修正已经成为我国刑法修正的重要内容,轻微犯罪的增加趋势也已成为我国刑法犯罪化的核心。

宽严相济刑事政策取代原有的惩办与宽大相结合政策被确定为我国基本刑事政策。作为基本刑事政策,其不仅是指导刑事司法活动的基本观念,也是刑事立法活动中必须落实的指导思想,《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案)》的说明》即明确指出“这次修改刑法的指导思想:……三是,坚持宽严相济的刑

事政策,……”。宽严相济刑事政策“宽中有严、严中有宽、宽严相济”的要求使得在立法活动中必然出现处刑较轻的轻微犯罪行为入罪的现象,犯罪化是“严”,处刑较轻则是“宽”,这与储槐植教授所提出的“严而不厉”的刑法立法思想异曲同工。我国将在未来长期继续坚持将宽严相济刑事政策作为我国的基本刑事政策,作为我国刑法立法所坚持的指导思想。而“我国在《刑法》立法层面上的非犯罪化空间不大,甚至就目前我国犯罪圈的划定范围来看,相当长时间内刑法立法的重心不应是非犯罪化而应是犯罪化,因为我国《刑法》当前的实际保护范围与《刑法》调控社会的应然需要相比,可能还存在着相当的距离”<sup>[19]</sup>。所以,这种“严中有宽”“严而不厉”的轻微犯罪的增加趋势将会是我国刑法立法未来一段时间内持续的现象。

刑法修正案中所修正的轻微犯罪绝大部分在被犯罪化进行刑罚处罚之前,都是作为行政违法行为进行行政处罚的。这种行政违法行为被犯罪化的现象,与合法行为被犯罪化截然不同,从权力范围变动的角度看,本质是司法权扩张、行政权(具体而言是警察权)限缩的结果。我国的国家权力配置方式不同于某些西方国家的“三权分立”,司法权和行政权(警察权)并非处于相互制约且独立的关系,而是均来源于我国权力机关,需对权力机关负责。虽然司法权和行政权(警察权)同属执行权,但两者有着截然不同的本质和特征。

“司法权以判断为本质内容,是判断权,而行政权以管理为本质内容,是管理权。”<sup>[20]</sup>为了有效管理纷繁复杂、数量庞大的社会事务,行政权必然要求积极主动、灵活便捷行使,追求管理效率且重视结果;司法权则恰恰相反,其进行消极、中立的判断,注重形式,要求公平。从这个角度说,行政权(警察权)应当是处置妨害社会管理秩序行为的最佳权力,世界各国均主要采取这种方式。但我们必须看到我国行政违法处置后果的特殊性,我国公安机关对行政违法行为不仅可以适用罚款等财产性处罚,还可剥夺处罚对象的人身自由,如采取行政拘留、收容教育、收容教养等手段。行政权的追求效率的本质要求,以及行政机关在处置行政违法行为中“运动员”和“裁判员”的双重身份,使得行政权在处置行政违法行为时极易出现错误。财产性的处罚后果即使出现错误也能够回转或恢复,但剥夺人身自由的处罚一旦实现,便成为既定事实,无法恢复<sup>⑥</sup>。虽然行政处罚剥夺人身自由的期限一般较短,但是人身自由是人最基本的权利,对其的剥夺必须慎之又慎,较之于行政权,使用司法权处理剥夺人身自由显然更加符合保障人权的法治国家和法治社会的要求。“司法与行政的分类以及司法法的设置不乏是

国家精心为雄心勃勃的行政权准备的冷却剂,具有避免行政权过度活跃对公民权利造成不适当排挤的救济、纠偏功能。”<sup>[21]</sup>

近年来,党和国家愈发重视法治国家的建设,“尊重和保障人权”被明确规定在宪法当中。“因为刑法的特殊性质,‘人权入宪’对于刑法的意义尤其明显和深刻。”<sup>[22]</sup>2013年劳动教养制度的废除,正是国家履行尊重和保障人权的宪法责任的体现,标志着行政权(警察权)在处置相关行为上的权力退出。为避免出现权力真空而不利于维护社会秩序的稳定,国家选择用司法权来处置相关行为,即将相关行为犯罪化,这是《刑法修正案(九)》中大量新增或修正轻微犯罪的另一个重要原因。劳动教养制度的废止既是终点,也是起点。劳动教养制度废止之后,研究者将视野转向了收容教养、收容教育、强制戒毒甚至行政拘留等其他剥夺人身自由的行政措施。笔者相信,随着这些领域中行政权的退出,轻微犯罪的增加趋势亦将继续下去。

所以,在这种强势的轻微犯罪增加趋势的推动之下,可独立适用罚金刑的罪名范围将大幅增加,罚金刑必然将独立适用于范围较广的分则罪名。

## 五、罚金刑将符合主刑的实质标准: 通过财产实现的身体控制

对犯罪人进行关押执行的自由刑,可能导致犯罪人在服刑过程中的交叉感染,长时间与社会隔离亦不利于其未来复归社会。意识到自由刑所带来的诸多问题,“许多国家不约而同地将目光投向了财产刑,虽然不同的国家青睐财产刑的时间有先后,规定的方式有不同,适用的比率有差别,但有一点具有一致性,这就是将财产刑(这里所说的财产刑基本采取罚金刑的形式……)作为重要的刑罚”<sup>[23]</sup>。的确,罚金刑的扩大适用能够有效避免前述自由刑的缺陷,但是,如果仅单纯考虑自由刑的缺陷而增大适用罚金刑,只得其形式而未得其实质,是一种“由果及因”的论证,不能说明现代刑罚理论重视、转向罚金刑适用的本质原因。有学者认为,罚金刑通过剥夺犯罪人的财产,给犯罪人带来痛苦,“只不过表现形态稍异且较为直接……致无法满足其物质享受的需求所造成的间接痛苦”<sup>[24]</sup>,能够起到预防之效果。但这仅能说明罚金刑的刑罚本质,无法解释“无论是在一般预防效果,还是在特殊预防的效果上,都处于劣势”<sup>[25]</sup>的罚金刑为何可以晋升为与自由刑齐平的主刑。也有学者认为,“金钱是自由的凝集物”<sup>[26]</sup>,“是另一种形态的自由”<sup>[27]</sup>,剥夺金钱便是剥夺犯罪人的自由。这种观点已经触及了

罚金刑能够成为主刑的实质,但是未能进行深入的展开讨论。笔者认为,罚金刑在我国现阶段将能够通过剥夺犯罪人的财产,实现对犯罪人的身体控制,限制其自由,符合成为主刑的实质标准。

虽然关于罚金刑是否是人格性的刑罚,是否可以作用于犯罪人的人格存在着争议<sup>[28]</sup>,但对财产不依附于人身,不属于人身范围,并不存在分歧。传统刑法理论上,对犯罪人适用罚金刑的目标也从来不是为了控制犯罪人的身体,也不可能起到身体控制之效。正因如此,罚金刑的适用范围被主要限制在牟利性、经济性的犯罪。犯罪人或将财产作为犯罪工具,或将财产作为犯罪目的,对此类犯罪,剥夺犯罪人的财产从而限制其再犯能力或动机,实现预防之效果。现今,我国罚金刑适用范围的扩张趋势明显,已不再主要限于牟利性、经济性的犯罪,用前述的传统理论来解读罚金刑显然已不再适用。适用范围的扩张实际上就是不再将罚金视为牟利性、经济性犯罪的预防措施,之所以罚金刑的适用范围可以扩张,能够实现刑罚目的,原因在于剥夺财产的效果已与自由刑相似,即能够控制身体。

生命刑、自由刑依附于人一出生即存在的身体,罚金刑依附于社会发展到一定阶段才出现的表现为金钱或货币的财产,其本质是人控制身体的劳动。“只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面参加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产。”<sup>[29]</sup>形成财产的源泉在于劳动。而货币是一般等价物,其“作为价值尺度,是商品内在的价值尺度即劳动时间的必然表现形式”<sup>[30]</sup>。作为交换中介的货币,其本质是或者说其凝结的是社会必要劳动时间,即“在现有的社会正常的生产条件下,在社会平均的劳动熟练程度和劳动强度下制造某种使用价值所需要的劳动时间”<sup>[30]</sup>。货币是社会必要劳动时间的度量。而社会必要劳动时间的核心内容是劳动,劳动只能通过身体活动来进行。所以,货币是人通过控制自己的身体进行社会必要劳动所耗费时间的凝结,虽然其与人格无关,但是不可否认货币与人的身体存在着联系。货币具有身体要素,但并不意味着剥夺一个人的货币,就当然地能够控制其身体,罚金刑当然地在其出现的一开始就应当作为主刑。只有社会发展到经济高度发达的情况下,金钱、货币成为社会的核心要素的时候,具有身体因素的罚金才能够成为控制身体的刑罚。

随着社会的发展,现代社会“更多地采用了技术、权力与金钱等非交往手段而不是交往手段来整合日益分裂的社会”<sup>[31]</sup>。传统的交往手段是人与人控制自己

的身体面对面地进行的,而现代社会这种直接的交往方式正逐步被技术、权力、金钱等非接触式的方式所替代。其中,金钱是重要的社会整合手段之一。社会不再主要通过互动交往来实行公共决策,而是诉诸金钱手段。例如,在如今的国际交往中,经济手段在很多情况下替代了谈判的方式成为解决国与国之间关系的重要且有效的措施。商品经济的极大发展,不仅影响着社会整合的手段,对于个人而言,也影响着人们控制自己身体进行社会活动的内容和空间范围。人类社会的发展史从社会活动的角度看,即是不断丰富社会活动内容和拓展社会活动空间的历史。在经济高度发达的时代,金钱不再是社会活动的最终目的,而是实现其他目的的手段,人们不再仅仅追求解决温饱问题,人们创造财富、积累金钱的目标在于丰富自己的社会活动内容和扩展自己的社会活动空间。而当社会活动内容的丰富和社会活动空间的拓展均建立在金钱的基础之上,“一个特定法律共同体内的‘自由’总量能够达到何种程度,实际上越来越完全依赖于具体的经济秩序,特别是依赖于财产的分配”<sup>[32]</sup>时,控制一个人的金钱便可以在很大程度上对其活动范围和活动内容进行控制,即实现对其身体的控制。最明显的表现如美国的保释制度,以高额甚至天价的保释金来“最大限度确保其遵守法律并出庭受审。如法庭认定其不能阻止嫌疑人在候审期间危害社会安全或司法公正,才会拒绝保释”<sup>[33]</sup>。

“商品经济越发达,罚金刑的应用范围越宽泛,其作为惩罚手段的效果也越明显”<sup>[34]</sup>,正是因为商品经济的不断发展,金钱中所蕴含的身体因素越来越浓厚。改革开放以后,我国实行市场经济,经济快速发展,国民生产总值已达到世界第二。在此发展背景下,国家权力对身体的控制可以不再局限于直接性的接触控制,而是可以通过控制金钱的手段来实现对身体的间接性的控制。

## 六、结语

“刑罚的内容是剥夺人的生命、自由、财产、政治权利等利益,本质上是引起人的痛苦的恶害。剥夺人的自由的行为固然是一种痛苦,但剥夺人的财产的行为也同样是痛苦,二者在引起人的痛苦的效果上,应当是等质的。”<sup>[12]</sup>之所以能够实现等质,原因在于它们都代表着对身体的控制。从以生命刑为主,到以肉刑为主,后以自由刑为主,再到以财产刑为主的刑罚轻缓化和人道化的进程,本质是刑法对身体控制方

式的改变,而并非不进行身体控制,这是一个国家权力远离身体但又控制身体的变化过程,即“直接施加于身体(生命刑、肉刑)→脱离身体外的直接的身体控制(自由刑)→通过财产的间接身体控制(罚金刑)”。在我国刑法轻微犯罪增加的强劲趋势和现代经济社会高度发达的背景之下,我国罚金刑毫无疑问将契合主刑的广泛适用分则罪名和实现身体控制的双重设置标准,将其上升为主刑是必要的,也是可行的。

探明主刑设置的标准,不仅可以为罚金刑主刑化提供更具说服力和现实性的理论依据,更为未来罚金刑相关配套制度的构建,尤其是不少学者所主张学习的域外罚金刑相关制度,提供了坚实的理论基础。如最为典型的罚金刑易科自由刑制度,在过往的讨论中,财产和人身自由的不可折抵性成为了构建该制度难以逾越的鸿沟。如果认可两者都是为实现身体控制,那么,虽然形式上针对的是犯罪人不同的权利,但从本质或效果上进行折抵便是可接受的,而单向性地从间接身体控制折抵为直接身体控制,亦可消弭“以钱赎刑”的顾虑。

#### 致谢:

本文部分观点得益于在“东亚地区食品安全法制的比较研究”研讨会上与中国人民大学法学院时延安教授、日本一桥大学法学院王云海教授、北京外国语大学法学院王文华教授等人的讨论,在此表示感谢,但文责自负。

#### 注释:

- ① 如中国人民大学法学院主办的2018年1月16日“‘新时代中国刑事法制展望’学术研讨会”,2018年6月22日“《我与刑法七十年》新书分享研讨会”等。
- ② 《意大利刑法典》第24条第2款规定:“对于以营利为目的而实施的重罪,如果法律只规定处以有期徒刑,法官可以增处5欧元至2065欧元的罚金。”《荷兰刑法典》第9条规定:“……2.判决监禁或者拘役(拘役被作为替代刑罚的除外)时,可以同时判处罚金。”
- ③ 其中,危害国家安全罪7个,侵犯公民人身权利、民主权利罪5个,妨害社会管理秩序罪中的扰乱公共秩序罪10个,危害国防利益罪5个。
- ④ 其中,破坏社会主义市场经济秩序罪49个,侵犯财产罪3个,妨害社会管理秩序罪15个,危害国防利益罪1个,贪污贿赂罪2个。
- ⑤ 轻微犯罪(或轻罪)的标准主要有两种不同的观点,一种观点是法定最高刑应为3年以下有期徒刑,另一种观点认为法定最高刑应为5年以下。本文采纳前一种观点进行相应论述,而如果使用后一种观点,并不会产生不同结论,反而会使得相关结论更加明显。
- ⑥ 其余两个并不能归入犯罪化(非犯罪化)或重刑化(轻刑化),《刑法修正案(七)》对刑法第375条第2款的修正,实际上是

刑法新增第375条第3款的伪造、盗窃、买卖、非法提供、非法使用武装部队专用标志罪后,导致原刑法第375条第2款中的非法生产、买卖车辆号牌等专用标志的行为从该款中独立出来,所以对于非法生产、买卖武装部队制式服装的行为并没有发生修正;而《刑法修正案(九)》对于第277条的修正,只是增加“从重处罚”的规定,也并没有实质修改该罪的法定刑。

- ⑦ 《刑法修正案(七)》中新增的出售、非法提供公民个人信息罪,非法获取公民个人信息罪等两个罪名,在《刑法修正案(九)》中修正后被确定为侵犯公民个人信息罪这一个罪名。
- ⑧ 正因为行政权追求效率,所以行政处罚即使有异议,一般也不停止执行,如我国《行政处罚法》第45条规定:“当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的,行政处罚不停止执行,法律另有规定的除外。”而针对人身自由的剥夺,在执行上有所限制,如《治安处罚法》第107条规定“被处罚人不服行政拘留处罚决定,申请行政复议、提起行政诉讼的,可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请”。但这种限制是有条件的,该条规定“公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的,又由被处罚人或者其近亲属提出本法第108条规定条件的担保人,或者按每日行政拘留二百元的标准交纳保证金,行政拘留的处罚决定暂缓执行”,判断是否发生社会危险的主体仍然是作出行政拘留决定的公安机关,而即使公安机关认为不致发生社会危险,却提供不了符合条件的担保人或无法交纳保证金,行政拘留仍然无法暂缓执行。

#### 参考文献:

- [1] 颜九红,戈玉和.荷兰刑法典[M].北京:北京大学出版社,2008:5.
- [2] 黄道秀.俄罗斯联邦刑法典[M].北京:北京大学出版社,2008:18.
- [3] 张明楷.罚金刑若干问题的再思考[J].中国法学,1991(4):98-105.
- [4] 李洁.罚金刑应上升为主刑论[J].当代法学,1989(3):37-40.
- [5] 邓又天,邓修明.略论罚金刑的地位及其适用[J].法律科学,1989(4):64-67.
- [6] 宣炳昭,卢山.中国大陆与台湾刑法罚金刑比较[J].湖北警官学院学报,2007(6):9-14.
- [7] 林山田.刑法通论[M].北京:北京大学出版社,2012:308.
- [8] 韩忠谟.刑法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2002:280.
- [9] 高铭喧,马克昌.刑法学[M].北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2016:246.
- [10] 阮齐林.再论财产刑的正当理由及其改革[J].法学家,2006(1):24-29.
- [11] 陈志军.捷克刑法典[M].北京:中国人民公安大学出版社,2008:40.
- [12] 黎宏,江伟.财产刑的执行现状和对策建言[J].云南大学学报(法学版),2006(5):62-65.
- [13] 卓泽渊.法的价值论[M].北京:法律出版社,2006:4.
- [14] 伯兰特·罗素.权力论[M].吴友三,译.北京:商务出版社,2014:28.



- [15] 阮齐林. 论财产刑的正当理由及其立法完善[J]. 中国法学, 1997(1): 74-79.
- [16] FLETCHER G P. Basic concepts of criminal law[M]. Oxford: Oxford University Press, 1998: 173.
- [17] 王耿心. 行刑学[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 398.
- [18] 米歇尔·福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北成, 杨远婴, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2012: 36.
- [19] 黄京平. 宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式[J]. 法学杂志, 2006(4): 10-12, 48.
- [20] 孙笑侠. 司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别[J]. 法学, 1998(8): 34-36.
- [21] 何荣功. 社会治理“过度犯罪化”的法哲学批判[J]. 中外法学, 2015(2): 523-547.
- [22] 卢建平. “人权入宪”的刑法意义与“刑法宪法化”[C]// “人权入宪”与人权法制保障. 北京: 团结出版社, 2006: 129.
- [23] 李洁. 死刑并科财产刑的实质根据质疑[J]. 当代法学, 2013(6): 23-34.
- [24] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 443.
- [25] 川出敏裕, 金光旭. 刑事政策[M]. 钱叶六, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 74.
- [26] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 202.
- [27] 林山田. 刑法通论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 318.
- [28] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 390.
- [29] 洛克. 政府论: 下篇[M]. 叶启芳, 瞿菊农, 译. 北京: 商务印书馆, 2017: 18.
- [30] 资本论: 第1卷[M]. 北京: 人民出版社, 2004: 114.
- [31] 高留志. 财产刑的正当根据及其限制[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版), 2013(5): 59-63.
- [32] 马克思·韦伯. 经济与社会: 第二卷上册[M]. 阎克文, 译. 上海: 上海世纪出版集团, 2010: 873.
- [33] 江晓清, 徐丽. 透视美国保释金制度[N]. 天津日报, 2013-04-04(007).
- [34] 季金华, 徐骏. 20世纪罚金刑的兴盛机理与制度化发展趋势[J]. 南京师大学报(社会科学版), 2007(6): 29-34.

## Body control through the property: Principalization of fining penalty

WANG Shuo

(School of Arts and Law, Beijing University of Chemical Technology, Beijing 100029, China)

**Abstract:** Fining penalty is stipulated as a supplementary punishment in Criminal Code of China; however, the dispute over whether fining should be treated as principal punishment has been lasting for decades. As the threshold of crime has declined and the number of minor offenses has increased in recent years, the practical meaning of this dispute has become more and more apparent. Whether fining should be stipulated as a principle punishment is up to whether it fits the standards of principal punishment. Specifically speaking, it must apply to crimes of a wide range, as well as realizing the effect of body control. From the perspective of punishment evolvement, principle punishments have undergone a historic process from physical penalties to liberty penalties. The former ones are directly imposed on the body of offenders, while the latter ones restrain freedom through direct body control. The development of fining is the manifestation of indirect body control through property. Along with the rapid development of economy, the connection between property and activity scope is closer which means that it is possible and necessary to stipulate fining as a principal punishment to realize body control through property.

**Key Words:** fining penalty; principal punishment; supplement punishment; minor offenses; body control

[编辑: 苏慧]