

中青年法学文库



# 刑法的精神与范畴

曲新久 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

# 刑法的精神与范畴

曲新久 著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法的精神与范畴/曲新久著. —北京: 中国政法大学出版社, 2000. 5

ISBN 7-5620-1998-3

I. 刑… II. 曲… III. 刑法-法的理论-研究  
IV. D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 08914 号

**策划编辑** 丁小宣  
**执行编辑** 朱 芸  
**出版发行** 中国政法大学出版社  
**经 销** 全国各地新华书店  
**承 印** 中国人民解放军第 1201 工厂

---

开本 850×1168 1/32 18.375 印张 470 千字

2000 年 5 月第 1 版 2000 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1998-3/D·1958

印数: 0001—4000 册 定价: 32.00 元

---

**社址:** 北京市海淀区西土城路 25 号

**邮编:** 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

**声明:** 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

## 中青年法学文库

### 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中,经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就,成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是,正如其他任何国家的文化传统一样,中国古典学术文化的发展并不均衡,也有其缺陷。最突出的是,虽然我们有着漫长的成文法传统,但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降,随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立,法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而,一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途,经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足,后天又失调,中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始,改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来,我国的法学研究水准已经有了长足的提高;法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过,至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为,法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学,法学与生活现实固然有更为紧密的联系,但这并不是说它仅仅是社会生活经验

的反光镜,或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面,它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时,它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言,它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡,追求适度的超越,从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图,而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命,而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地,成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道,要使这样的构想化为现实,除了出版社方面的努力外,更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才,非一木之枝”;清泉潺潺,端赖源头活水。区区微衷,尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

## 前 言

我以为,刑法哲学研究可以在三个基本方面展开,其一,研究刑法的精神。刑法的精神即价值深深地根植于人性之中,根植于人类文明的历史之中,根植于民族精神之中,常常表现为现实的、世俗的经验的积累与提升,也常常表现为一种抽象的思辩、直觉和顿悟。我们知道,理论的进步离不开思想材料的累积和以思想为对象的思想。对于自由、秩序、正义、功利、平等、民主等法律精神,人类的先哲们已经在不懈地思想,这些思想本身就是我们思想的材料,智慧的思想不管是出自何处,都值得我们珍视。我们应当结合时代特点思想前人的思想,揭示我们这个时代的刑法精神。其二,研究刑法的实体范畴。刑法的实体范畴即基本概念是刑法的精神与价值的凝固,是实在化了的精神和价值。刑法的精神必须通过这些实体范畴体现出来,没有实体范畴的存在,精神与价值也就失去了依托而没有任何意义。其三,研究刑法的关系范畴。刑法实体范畴之间的关系范畴能够很好将刑法精神与实体范畴以及诸多实体范畴联系起来,并将这些范畴与刑法之外的东西尤其是立法与司法实际情况——“活着的法”联系起来。通过关系范畴的研究,我们可以把刑法学体系作为一个活的动态体系对待,而不是作为一个死的僵化体系对待。

本书由精神、范畴、原则三大部分组成,主要涉及到自由、秩序、正义、功利四大法律精神(价值),犯罪、犯罪人、刑事责任、刑罚四大基本范畴,罪刑法定、罪刑相当、刑罚个别化、刑罚人道主义四大基本

原则。实际上,这些精神、范畴、原则又都可以统称为基本范畴。自由、秩序、正义与功利是刑法当中最重要的价值范畴,犯罪、犯罪人、刑事责任、刑罚是刑法当中最重要的实体范畴,罪刑法定、罪刑相当、刑罚个别化、刑罚人道主义四大基本原则是刑法当中最重要的关系范畴,本书就围绕着这 12 个基本范畴展开。

任何一个时代都需要一点精神,我们这个时代也是如此。刑法精神具有可思而不可感的独特性,位于刑法之上,并泛现于刑法实体范畴和关系范畴之中;刑法实体范畴和关系范畴也以刑法精神为内在灵魂,并具有不同于刑法精神范畴的可思可感的实在性和独立性。于是,本书便以《刑法的精神与范畴》为名。

下面,我就本书各章的重要内容和主要问题,简单地加以介绍。

第一章“社会秩序与个人自由”。社会秩序与个人自由是法律领域最为重要的一对价值范畴,社会秩序的刑法保护和控制、个人自由的刑法保护与保障以及刑法如何实现社会秩序和个人自由的统一等问题,是刑法哲学中首先需要解决的问题,刑法学的一系列重大问题无不与这些问题有关。在我看来,社会秩序既是一种事实也是一种价值,社会秩序包括结构秩序和行为秩序两个方面,刑法通过对行为秩序的控制来达到对结构秩序的保护。刑法对于结构秩序的保护表现为对社会结构中建立在生产关系之上的最为重要的具体社会关系的保护,而不是以所有的社会关系为保护对象。刑法对于行为秩序的控制表现为刑法规范对于人的行为加以限制和禁止。外在地看,刑法以制裁的方式控制人们的行为,但不是人们的思想;内在地看,行为秩序的控制离不开人们对于刑法规范的普遍认同和尊重。

个人自由是一个历史性范畴。不受他人专断意志的强制,是个人自由的基本含义。刑法通过惩罚犯罪来保护个人自由,刑法侧重于保护个人的消极自由,主要保护公民的各项基本的个人利益,以及与公民个人利益密切相关和一致的社会利益和国家利益。刑法必须确保防止来自于国家对于个人自由的专断干预,保障个人自由不受

国家专断意志的强制,这是个人自由的刑法保障的主要任务,个人自由的刑法保障需要一个系统化的原则体系和制度体系。在刑法领域,保障个人自由的原则体系是:刑事强制依据适用于未来且非溯及既往的、公开的、稳定的、明确的、可行的一般性的抽象规则对所有的人平等地威胁适用或者适用。

个人自由与社会秩序是对立统一的关系。个人与社会的对立与冲突以及由此而产生的个人自由与社会秩序的对立与冲突,贯穿于人类历史的始终。一方面的原因在于,个人包含着非理性成分,包含有非理性的本能冲动。另一方面的原因在于,个人自由抽象地要求平等,但是社会的结构安排总是一种事实上的不平等,即使人们从完全的平等起点出发,个人自由的结果也总是趋于不平等。社会秩序与个人自由是辩证统一的,虽然人具有动物的属性,人在本能的冲动之下具有非理性的特点,但是,人同时又具有社会性,具有理性地自我决定的能力,也是理性的动物。自由表面似乎是一种任性,但实质上却是与必然性相容的理性。我主张,刑法以个人自由为第一位,以社会秩序为第二位,并在此前提下力求个人自由与社会秩序之间的均衡,是我国刑法的应有的选择。现代刑法如果不把个人自由放在首位,那么,刑法的现代文明特点将大打折扣。我们将个人自由置于第一位,社会秩序当然就是第二位的,但是第二位并不意味是一种从属地位,而是一种地位上的平行、次序上的先后。

第二章“刑法的正义原则与功利目的”。正义与功利是刑法领域的另一对重要的精神范畴,这一对范畴之间具有更为复杂的对立统一关系。人类的任何活动——无论是个体的还是社会的,都基于一定的功利目的,这本身就是正义的体现。在许多情况下,正义也是一种功利,但是为正义而正义,毫无功利可言的人类活动,是不存在的,也必定是不正义的。人们追求功利目的,又必须受到一定正义原则和规则的制约,不受正义原则和规则限制的功利追求也是实现不了的。没有功利,公正无所依存;没有公正,功利必成公害。讲究正义

原则不能否定或者忽视功利追求,追求功利目的不能忘记正义原则的制约。

刑法的正当性根据、刑法的目的与任务、刑法规范的内容以及适用等重大问题,都需要将正义与功利这两大精神范畴联系起来、结合起来,辩证统一地加以解决。在本书中,我将正义与功利之间对立统一的哲学命题,具体化为两大基本原则:刑法目的保护主义和刑法规范平等主义。当然,刑法实现正义与功利始终是有局限性的,对此,我们也必须加以解决,解决方法就是正确地处理法律规则与法官自由裁量之间的辩证关系以及正确地处理刑法正义与刑法功利之间的辩证关系。

个人自由、社会秩序与正义原则、功利目的之间也有着极为密切的联系,追求自由之社会秩序,并以此作为刑法的功利目的,符合正义的原则。由于正义的目标是多种多样的,在追求某些或者某一正义目标时,不能否定社会秩序的价值,否则,只能导致普遍的社会混乱,一个没有秩序的社会,自由、秩序、正义、功利、平等、民主等精神追求都会成为空谈,我国“十年文革”的历史教训是最好的注脚。追求无自由的秩序,是非正义的,结果只能是专制、独裁,社会秩序也就意味着“死”序,这方面,法西斯的统治是最为典型的例子。

第三章“犯罪”。犯罪乃刑法之基本范畴,应从多方面定义,即使在每一个方面,也可以从不同的侧面去定义,每一个方面及其每一个侧面的犯罪定义,都有其独立的价值与意义,不可轻易否定或者忽视。如果我们想为犯罪下一个一般性定义,那么最好的办法是对犯罪概念进行综合定义。简单地讲,犯罪是违反刑法规范、危害社会、依法通过刑事诉讼程序确认和惩罚的行为。具体地讲,犯罪是指违反刑事义务、侵害合法权益、应受刑罚处罚并通过刑事诉讼程序加以确定的行为。

犯罪由一系列法定要件组成,是一系列法定构成要件的整体,组成这一整体的各种各样的具体犯罪构成要件,可以抽象为两个基本

方面——客观事实要件和主观心理要件,这是所有犯罪不可缺少的两个方面。危害行为(作为和不作为)与危害结果是成立犯罪的两个最为重要的客观构成要件,无行为即无犯罪。危害结果作为法律事实领域的概念,作为犯罪构成或者说成立犯罪的具体要件,应当理解为一种物质性的、可测量的结果,不宜与精神性损害结果混为一谈,更不能与法律评价意义上的犯罪结果混为一谈。行为构成犯罪,除必须具备客观构成要件外,还必须具备主观要件——罪过。无罪过即无责任,也无犯罪。犯罪主观构成要件,是行为人在实施危害社会行为时应受谴责的心理状态。只有具有刑事责任能力的人,才可能具有罪过。刑事责任能力是罪过存在的前提,罪过或者说犯罪心态,是行为人在实施刑法所规定的危害行为时,应受否定性评价和谴责的心理状态。罪过,应当是心理内容与规范评价的统一。罪过的心理内容,是指行为人内心对自己的行为及其结果的主观认识和意志。罪过的规范内容,是指行为人的心态应受伦理和法律的否定性评价和谴责。

第四章“犯罪人”。犯罪人是实施了犯罪行为的人,这是犯罪人的一般概念。刑法学上的犯罪人与犯罪学中的犯罪人有着极为密切的联系,又有着显著的区别。刑法学视野中的“犯罪人”是一种规范分析,以刑法的规范规定为基本前提,并为刑法目的服务。犯罪学中的犯罪人是关于现象和原因的分析,它是一种描述性的、综合性的研究,它为刑法学研究提供必要的营养,范围一般要广于刑法学上的犯罪人。

在刑法领域,犯罪人的规范属性,就是人身危险性,即犯罪行为再次实施犯罪行为的可能性。犯罪人的这一规范属性即人身危险性,也是犯罪人的本质属性。在刑法领域研究犯罪人问题,主要就是为了解决犯罪人的人身危险性并由此解决刑罚及其他社会防卫措施的适用问题。犯罪与犯罪人以及社会危害性与人身危险性之间的关系,可以用“应受惩罚的是行为,而惩罚的是行为人”这一格言表达。

“应受惩罚的是行为”是指定罪对象只能是行为,其评价的核心是社会危害性,刑事责任之所以能够产生,就在于行为的社会危害性达到了犯罪的程度。“惩罚的是行为人”是指适用刑罚的对象是犯罪人,犯罪人是刑罚的承担者,其评价的核心是人身危险性,对于犯罪人来说,适用刑罚的目的在于消除犯罪人再次犯罪的可能性。犯罪人的一般概念虽然简单,却直接地体现了犯罪与犯罪人之间的关系:一个人,只能因为他实施犯罪行为才成为犯罪人,“犯罪人”以首先存在“犯罪”为前提,而不是相反。所以,“行为具有社会危害性”是确定行为人有罪的根据,“行为人没有人身危险性”则是确定被告人无罪的根据之一,特定情况下法官可以根据行为人没有再次实施犯罪行为的危险性而认定他无罪,但是不能在危害行为尚未达到犯罪程度的情况下以行为人人身危险性较大为由宣告被告人有罪。

在刑法领域,对犯罪人进行分类的主要目的是为了适用刑罚和其他社会防卫措施,离开这一目的,研究和讨论犯罪人分类问题是没有什么意义的。同时,刑法上犯罪人的分类标准及其分类结果还应当是规范性的,规范性的基本特点在于其确定性,表现为内在属性的确定性和外在特征的确定性。我们必须尝试根据犯罪人的犯罪行为以及其他个人情况所反映出来的犯罪人的人身危险性以及与其人格的关系,考虑犯罪人的人身危险性与其人格一致还是带有很大的偶然性,如果犯罪行为所表现出来的犯罪人否定刑法规范的态度及其人身危险性与其人格一致,则予以较重的刑罚惩罚,反之,则相对予以较轻的刑罚惩罚,监狱也应当对不同类型的犯罪人进行警戒度不同的关押并进行个别化处遇。据此,我认为,可以将犯罪人区分为累犯、惯犯、激情犯、偶然犯、少年犯五种。

第五章“刑事责任”。在刑法学领域,“责任”一词有两种基本含义:第一种含义是指主观归责的可能性。第二种含义是指实施犯罪行为的人应受惩罚、制裁的法律地位或者可能性。刑事责任的本质是其伦理性与社会性的辩证统一。刑事责任的伦理性,是指从犯罪

人何故就自己的行为负责的角度出发,把犯罪行为看成是犯罪人自由意志选择的结果,从而从伦理道德的角度回答国家和法律何故要让犯罪人承担刑事责任。刑事责任的社会性,是指从目的论的观点出发,把刑事责任看成是防卫社会所必需,从而从社会的角度回答行为何故就自己的犯罪行为负责。人的社会性和社会的人性,决定了刑事责任之伦理性与社会性的对立统一,构成刑事责任的本质。总而言之,人具有相对自由意志,因而他能够而且应该对自己意识和意志支配之下的犯罪行为承担刑事责任,这是刑事责任伦理性根据之所在。刑法规定和追究刑事责任的目的,在于保护统治阶级的利益,维护有利其统治的社会秩序,这正是刑事责任社会性根据之所在。人具有社会性和社会具有人性,决定了刑事责任伦理性与社会性统一为刑事责任的本质。

刑事责任根据是刑事责任理论的一个十分重要的问题。客观违法的行为是主观归责的根据,由此可以得出“无责任即无犯罪,无犯罪即无刑罚”的原则,并形成“责—罪—刑”的逻辑结构。“责—罪—刑”的逻辑结构表现了犯罪与刑罚的存在以责任主义为原则,刑事责任的归责原则是犯意责任而不是结果责任。在这一结构中,责任与犯罪形成直接的联系,责任与刑罚通过犯罪形成间接的联系。犯罪行为是法律效果意义上的刑事责任的根据,由此可以得出“无犯罪则无刑事责任,无刑事责任则无刑罚”的原则,并形成“罪—责—刑”的逻辑结构。在这一逻辑结构中,犯罪决定刑事责任,刑事责任决定刑罚,刑事责任成为犯罪与刑罚的中介,犯罪与刑罚之间不再直接发生联系,而是加入了刑事责任这个调节器,犯罪通过刑事责任这一中间环节对刑罚产生影响、发挥作用,罪刑关系被间接化。

法人刑事责任本质上是一种整体责任,它是一种特殊形式的个人责任,是古代团体责任否定之否定。法人是自然人个人以一定条件组成的有机整体。但是,法人并非直接由个人组成,而是以外在物为中介组成。个人组建法人,而不是组成法人,法人始终是人的创造

物,而不是人的构成物。依据团体责任原则,个人在团体之中失去独立性,组建法人的自然人以及法人之代表人并不因为法人的存在而丧失个人的人格与独立性。

第六章“刑罚”。刑罚,可以简单地定义为,刑法规定的、由司法机关通过刑事诉讼程序决定适用的,惩罚犯罪与犯罪人的制裁措施。我并不认为这个定义包容了当代刑罚概念所应当包括的全部内容,但是,它基本上涵盖了当代刑罚范畴的大多数重要特征。刑罚是最为严厉的法律制裁措施,严厉的惩罚性和痛苦性是刑罚的本质特征(属性)。这一本质特征(属性),使得刑罚与民事制裁、行政处罚区别开来。从刑罚的本质属性出发,劳动教养在我国作为一种行政处罚而不是刑罚存在是有问题的。

刑罚的本质属性、功能与目的应当一体化地考察,但是又不能加以混淆。刑罚的目的是预防犯罪,这是一个总的目标,这一总目标包括一般预防和特殊预防两个方面,每一个方面又包含着各不相同的多个层次。刑罚的目的即预防犯罪是一个两方面的、多层次的整体。这一整体的两个基本方面即特殊预防与一般预防,紧密联系,相互依存,相互影响,相互作用,相辅相成。特殊预防目的的实现,有利于一般预防目的的实现;一般预防目的的实现,则有利于特殊预防目的的实现。在刑事立法和刑事司法实践中,我们必须将二者紧密结合,密切配合,预防犯罪的发生,保护社会不被犯罪行为所侵害。

对于我国的刑罚体系来说,死刑问题需要以实证的、科学的、理性的、人道的眼光进行研究和审视,而结论只有一个:中国应当废除死刑,而且应当从现在做起,尽快地予以废除。此外,我国刑法中的没收财产刑(一般没收)弊大于利,也应当予以废除。我国刑法以剥夺公民的言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由权利作为附加刑——剥夺政治权利的内容之一,也是不恰当的,应当予以删除。

第七章“罪刑法定原则”。总的说来,罪刑法定原则要求,不依照法律的规定,不得定罪处罚任何人。罪刑法定包括对刑事立法和刑

事司法两方面的要求,即以犯罪和刑罚为内容的刑法规范的制定与适用都必须严格地遵循法律的规定。只有法律才能规定罪与罚,犯罪与刑罚的规定只能存在于“法律”之中,其他任何文件都不能规定关于犯罪与刑罚的一般规范;只有依照行为人为时的法律,才能对行为人的行为定罪并对行为人判处刑罚,行为人为时的法律没有规定其所实施的行为是犯罪的,法院必须驳回控方的起诉,不得定罪判刑。这是罪刑法定原则最为基本的含义。

自由、秩序、民主等是人们积极追求的法律精神与价值,而所有这些价值的实现都离不开罪刑法定原则。罪刑法定原则有益于自由、秩序、民主等法律价值的生成与实现。犯罪与刑罚由刑法加以明文规定,在法律范围内,个人享有选择和活动的自由,自由得到保障,因而罪刑法定原则与自由相连。刑法确保重要的个人、社会和国家的宪法意义上的重要法益得以保护而不为犯罪所侵害,安全也就得以保证,安全意味着秩序,一个安全的社会就是一个有秩序的社会,因此罪刑法定与秩序、安全相连。什么是犯罪以及对犯罪处以何种刑罚,由全体国民通过民选立法机构自己为自己立法,对于全体国民来说,刑法与刑罚不单纯是一种外在强制,而是一种自我约束,因而罪刑法定原则与民主相连。罪刑法定原则与诸多法律精神和价值相联系,既是这些法律价值的必然要求,又是实现这些法律精神和价值的原则保障。我们不应该将罪刑法定原则归结为这些价值中的某一项,从而认为罪刑法定原则是这些价值中的单一性或者说偏一性选择,导致不能同时兼顾各种法律精神和价值目标。

罪刑法定原则需要一系列派生原则加以具体保障,这些派生原则主要是禁止事后法原则、明确性原则、禁止类推原则、严格解释原则。在刑法领域,个人自由优先于社会秩序的价值选择,决定了禁止溯及既往的法律,但并不禁止对被告人有利的法律。明确性原则要求,立法者必须制定清晰明白而确定不移的刑法规范。刑法规范具有明确性——清晰明白而确定不移,既是对立法者的要求,也是立法

限制司法的保证。罪刑法定原则禁止类推,但并不排斥扩张解释。按照严格解释原则,刑法解释即对刑法规范之含义的解释,应当在刑法体系范围之内根据法条所用语言文字进行严格的解释,而不能超出法律文本的含义进行解释。更进一步地讲,刑法的原意和立法意图应当从刑法正文所使用的词句中客观地加以寻找,其解释方法应当以语义解释为主,系统解释为辅。

第八章“罪刑相当”。罪刑相当与罪刑法定两大原则之间,是相互联系,相辅相成,密不可分的。罪刑法定,是罪刑相适应之“罪”与罪刑相适应之“刑”的法定;罪刑相当,则是刑法明文规定之“罪”与刑法明文规定之“刑”的均衡。任何一部刑法,只有将罪刑相当原则与罪刑法定原则相结合,才符合正义的要求,超越法律限度追求罪刑相当,不是一种正义的刑罚;不符合罪刑相当原则的刑法规范,即使其中的犯罪和刑罚——以法律的形式包装即确实是由法律所明文规定的,也不符合正义的要求。

在我国,罪刑相当原则的名称,不宜概括为“罪责刑相当原则”。罪刑相当原则既是先于功利的正义原则,又是功利目的之下的正义规则,是正义与功利的共同要求。罪刑相当原则离不开立法确认与司法实现。

第九章“刑罚个别化”。刑罚个别化的基本含义是,根据犯罪人的个人情况,有针对性地规定和适用相应的刑罚,以期有效地教育改造罪犯,预防犯罪的再次发生。“应受惩罚的是犯罪行为,而惩罚的是犯罪人”是刑罚个别化原则及其与罪刑相当原则之关系的理论根据。刑罚个别化原则与罪刑相当原则既相互区别,又相互联系,而不是刑罚个别化原则否定罪刑相当原则,或者相反。二者之间的关系主要表现为,罪刑相当原则是基础性原则,刑罚个别化原则为校正性原则。

刑罚个别化通过法律上的个别化、裁量上的个别化、处遇上的个别化三个方面实现。法律上的个别化的基本模型应当是:立法者预

先着重以危害行为作为标准,具体规定其构成要件,在此基础上,依据犯罪行为的客观危害或者危险程度,并且在这个范围之内根据主观责任的性质与程度,确立符合罪刑相当原则要求的法定量刑幅度以及由量刑幅度构成的法定刑,然后,规定各种具体的从宽或者从重处罚的情节,并且设置符合刑罚个别化要求而又不背离罪刑相当原则限制的具体的刑罚执行制度。这种法律上的个别化,基本上可以将罪刑相当原则与刑罚个别化统一起来的,并且符合这两个原则的基本要求。

裁量上的个别化,也可以称之为司法上的个别化,是指在刑事程序上的司法性的个别化,即由法官根据犯罪人的人身危险性状况作出的处罚或者不处罚以及是否适用刑罚替代措施的决定。裁量上的个别化是法律上个别化与罪犯处遇上个别化的中间环节,是极其重要的、不可缺少的环节。在量刑阶段,法官评价犯罪人的中心内容是犯罪人的人身危险性的大小,犯罪人人身危险性的大小表明犯罪人教育改造的难易程度,个别化的刑罚应当与个体犯罪人之人身危险性大小相当,实际上也就是与犯罪人改造的难易程度相适应。犯罪人的人身危险性大,也就意味着改造起来比较困难,改造所需的时间就长,与之相适应,所判处的自由刑刑期就应当长一些,必要时应当判处无期徒刑。反之,犯罪人的人身危险性小,也即意味着教育改造起来较为容易,教育改造所需的时间就会短一些,与之相适应,法官判处的自由刑刑期也就应当短一些。

处遇上的个别化,是指在矫正处遇和保护性处遇的阶段对受刑人、受处分人进行的个体化地、个人化地教育改造以及更生保护。在我国,监狱机构不宜分享司法的权力,不定期刑不适宜于我国。处遇上的个别化,主要通过分押分管、教育改造、劳动改造、社会改造等诸多方面实现。

刑事诉讼法与刑法是程序法和实体法的关系,作为刑法基本原则之一的刑罚个别化原则,必然对刑事诉讼活动提出特殊的要求。

所以,刑罚个别化原则不单纯是一个实体问题,它必定对刑事诉讼法提出了相应的具体要求,刑事诉讼应当在综合考虑其他价值选择的同时满足之。

第十章“刑罚人道主义”。人道主义是关于人的本质、使命、地位、价值和个性发展的理论和思想,是一种不断进化着的精神,具有历史性的特征,可以使用“以人为目的而不是以人为手段”的形而上学原则表达,当然,形而上学的原则必须在现实的、世俗的社会当中具体展开。

刑罚人道主义意味着对于人的自主性的承认,其中心思想是,犯罪人是人,因而必须将其作为人,而不是作为手段对待。刑罚人道主义的基本内容,包括否定性规则和肯定性规则两个方面。刑罚人道主义否定性规则的主要含义,是指绝对禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。刑罚人道主义肯定性规则的中心内容是,将人作为目的看待。在最低层面上,刑罚人道主义肯定性规则要求满足受刑人作为人的基本需要;在更高的层面上,要求给予受刑人以尊重并引导受刑人自尊。

最后附带说明一点,人们常说,创新乃生命之源,本书追求创新,但并非处处求异。因为我认识到,兼容性是我们这个时代的一个基本要求,只有创新并保持兼容性的理论才有生命力,所以,本书中我尽量保持我的文字能够与我国刑法学界普通话语兼容,避免生僻古怪地独撰,并且也不去刻意追求体系上和内容上的独特性。以上是本书内容的简要介绍,希望读完上述文字的人,还有兴趣和勇气继续本书的阅读,并予以批评、指正。

# 目 录

前言	(1)
第一章 社会秩序与个人自由	(1)
1.1 社会秩序的刑法保护与控制	(1)
1.1.1 社会秩序既是一种事实又是一种价值	(1)
1.1.2 结构秩序与刑法保护	(5)
1.1.3 行为秩序与刑法控制	(15)
1.2 个人自由的刑法保护和保障	(22)
1.2.1 个人自由的基本含义	(22)
1.2.2 个人自由的刑法保护	(29)
1.2.3 个人自由的刑法保障	(36)
1.3 个人自由与社会秩序的对立统一与刑法的优先选择	(46)
1.3.1 个人自由与社会秩序的对立	(46)
1.3.2 个人自由与社会秩序的统一	(52)
1.3.3 刑法对个人自由的优先选择	(56)
第二章 刑法的正义原则与功利目的	(69)
2.1 正义与功利的一般考察	(69)
2.1.1 正义的多种含义	(69)
2.1.2 功利与功利主义	(76)
2.1.3 正义与功利的关系	(79)
2.2 刑法目的保护主义	(88)
2.3 刑法规范平等主义	(100)