



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2013年 第2卷 [总第24卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

遵循人道主义原则的刑罚（尤其是死刑、无期徒刑和长期监禁刑） 【西班牙】胡赛·刘易斯·德拉奎斯塔

死刑的限制、废除和替代性措施 【美】希尔·盖瑞

中国死刑废除论者的理想景象 魏东 吴尚贤

期待可能性理论限制死刑的方式与司法实践评判 童德华

因恶而善与因善而恶——中国死刑适用的控制 马天山

试论外逃贪官违法所得没收程序 王秀梅 邢斐斐

持有型毒品犯罪非罪化实施路径的比较法分析 毕颖茜

侵犯知识产权犯罪的立法完善问题研究 赵秉志等

以史为鉴 警钟长鸣——反腐大案的警醒与启示 周道鸾

日本犯罪人社区处遇的概述和最新发展 【日】赤根智子



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2013年 第2卷 [总第24卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2013 年. 第 2 卷: 总第 24 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2014. 2
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6039 - 2

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914.04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 028505 号

刑法评论 2013 年第 2 卷(总第 24 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 2 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 25 字数 391 千

印次 2014 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6039 - 2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2013 年第 2 卷(总第 24 卷)

顾 问 高铭喧 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员(以姓氏音序为序)

陈泽宪 陈忠林 黄京平 贾 宇 柯良栋

郎 胜 李 洁 梁根林 刘宪权 刘志伟

卢建平 梅传强 莫洪宪 齐文远 曲新久

张 军 张明楷 朱孝清

主 编 赵秉志

副 主 编 张 军 陈泽宪 刘志伟(执行)

主 编 助 理 刘 科

编 辑 刘 科 郭 晶 郭理蓉(英文)

死刑专论

遵循人道主义原则的刑罚(尤其是死刑、无期徒刑和长期监禁刑) / [西班牙]胡赛·刘易斯·德拉奎斯塔 周 骞 译	1
死刑的限制、废除和替代性措施 / [美]希尔·盖瑞 印 波 译	10
中国死刑废除论者的理想景象 / 魏 东 吴尚赞	20
期待可能性理论限制死刑的方式与司法实践评判 / 童德华	37
因恶而善与因善而恶 ——中国刑法死刑适用的控制 / 马天山	50
运输毒品罪死刑司法限制 ——基于既遂标准的合理设定 / 商浩文	64

理论探索

试论外逃贪官违法所得没收程序 / 王秀梅 邢裴裴	74
论犯罪化的一般原则与范围限制 / 陈 璐	81
违法阻却事由之积极错误 ——以误想防卫为分析样本 / 陈 芹 潘星丞	93
正当防卫权的法理分析 ——兼议死刑的存废 / 金翼翔	103
持有型毒品犯罪非罪化实施路径的比较法分析 / 毕颖茜	117

立法研究

侵犯知识产权犯罪的立法完善问题研究 / 赵秉志等	129
基本刑事政策视域下贿赂犯罪立法的应然走向 / 王志祥 黄云波	194

当代中国腐败犯罪的立法问题 / 李京生 应 龙	214
《联合国反腐败公约》与我国刑法中腐败犯罪立法的衔接 问题 / 姚雅晴	222
对中国无期徒刑二分立法的改造 ——以替代死刑为目标 / 楼伯坤	228
刑法分则的立场、规范与技术 ——从刑法分则若干规定的争议说开去 / 郭理蓉 郭妍子	238

司法实务

以史为鉴 警钟长鸣 ——反腐大案的警醒与启示 / 周道鸾	248
网络实名举报:内容、隐忧和完善 / 彭新林 范庆东	266
社区矫正中国化的问题思考 / 黄伟明 吕优东	279
论犯罪行为致损害赔偿法律冲突之现状与完善 / 王 玮	287
“间接营利目的”的类型化分析 ——以侵犯著作权犯罪为视角 / 孙雷鸣 刘 科	297

域外法治

日本犯罪人社区处遇概述和最新发展 / [日]赤根智子 马邠君 译	305
台湾地区有关食品安全犯罪构成及刑事追诉程序之探讨 / 刘秉钧	316
台湾地区 2013 年新修正“食品卫生管理法”之探讨 / 赖弥鼎	330

全国刑法学术年会

2013 年全国刑法学术年会在天津成功召开 学术为本 繁荣发展 ——中国刑法学研究会 2013 年年会开幕致辞 / 赵秉志	345
2013 年全国刑法学术年会研究综述 / 赵秉志等	361

CONTENTS

Discussion on the Death Penalty

Criminal Sanctions (in Particular, Capital Punishment, Life Imprisonment and Very Long Sentences); in The Light of The Principle of Humanity / Dr. h. c. José Luis De La Cuesta	1
Restriction of the Death Penalty, its Abolition and Alternatives / Gary Hill	10
The Ideal Picture of Chinese People Insisting Abolishing the Death Penalty / Wei Dong & Wu Shangyun	20
Restricting the Death Penalty by the Expected Possibility Theory and the Evaluation of the Judicial Practice / Tong Dehua	37
The Good From Evil & the Evil from Good —the restriction of the death penalty in China / Ma Tianshan	50
The Judicial Restriction of the Death Penalty Application in the Crime of Transporting Drugs —based on the reasonable set of accomplished standard / Shang Haowen	64

Theoretical Exploration

On the Confiscation Procedure of the Illegal Income of the Corrupt Chinese Officials Fleeing Overseas / Wang Xiumei & Xing Peipei	74
General Principles and Limits on Criminalization / Chen Lu	81
Positive Error of the Ground for Elimination of Misfeasance —a sample analysis on imaginative defense / Chen Qin &	

Pan Xingcheng	93
Right Deconstruction of Self-Defence	
—concurrently discussion on capital punishment / Jin Yixiang	103
A Comparative Study on the Decriminalization of the Crimes of Possession of Drugs / Bi Yingqian	117

Research on Legislation

Research on Improvement of the Legislation on the Crimes of Infringing Intellectual Property Rights / Zhao Bingzhi etc.	129
The “ought to be” Legislation of Bribery Crimes from the Perspective of Basic Criminal Policy / Wang Zhixiang & Huang Yunbo	194
Some Issues on Contemporary Chinese Legislation of the Crimes of Corruption / Li Jingsheng & Ying Long	214
The Cohesion of the United Nations Convention against Corruption and Chinese Criminal Law of Corruption Crimes / Yao Yaqing	222
On the Transformation of the Life Imprisonment in China	
—to replace the death penalty as the goal / Lou Bokun	228
Position, norm and technology of the Specific Provisions of Criminal Law	
—speaking from the disputes on some provisions of the criminal law / Guo Lirong & Guo Yanzi	238

Study on Judicial Practice

History Alarm Bells Ringing	
—alarm and enlightenment of the cases of corruption / Zhou Daoluan	248
Real-name Reporting in Network; content, worry and improvement / Peng Xinlin & Fan Qingdong	266

Thoughts on the Issues of Community Correction in China / Huang Weiming & Lv Youdong	279
Discussion on the Current Situation of the Legal Conflicts of Damage Compensation Caused by Criminal Behaviors and the Improvement of Legislation / Wang Wei	287
Type Analysis of the Indirect Commercial Purposes / Sun Leiming & Liu ke	297

Foreign Law

Outline and the Recent Development of Community-Based Treatment of Offenders in Japan / Tomoko Akane(Japan)	305
Discussion on Crimes of Infringing Food Safety and Criminal Prosecution Procedure in Taiwan Area / Liu Bingjun	316
Study on the Act Governing Food Sanitation Amended in 2013 in Taiwan Area / Lai Miding	330

Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference

2013 Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference Held in Tianjin	345
Opening Speech on China Association of Criminal Law 2013 Annual Conference / Zhao Bingzhi	348
Summary of the Essays in 2013 Nationwide Criminal Jurisprudence Annual Conference / Zhao Bingzhi etc.	361

死刑专论

● 遵循人道主义原则的刑罚(尤其是死刑、无期徒刑和长期监禁刑)

胡赛·刘易斯·德拉奎斯塔* 周 骞 译**

普遍认为,一国的刑罚权要保持其正当性,就应当具有必要性、合法性和有责性。人们也经常宣扬人道主义:在一个民主社会,对人最大可能的尊重是一项要求;这种尊重显然在人的价值体系中处于中心位置。在主要的主张中,接受人道主义的主张就必然要求尊重人的尊严,不使犯罪行为人为人感到羞耻,禁止任何残忍的、非人道的、有辱人格的对待。在众多刑事政策中,给予这样的一种尊重是一项重要的或者说处于超然地位的决定和政策。尤其是在刑罚或其他对犯罪的司法处置的领域内,禁止酷刑和任何非人道或有辱人格的对待似乎是第一实践推论。为了遵循 1948 年《世界人权宣言》第 5 条和 1966 年《公民权利和政治权利公约》第 7 条的规定,一些世界性和区域性的机制建立起来,以在全球范围内推行在法律中禁止酷刑。联合国 1975 年《酷刑宣言》保护所有人免受酷刑和其他残忍的、不人道的或有辱人格的对待或处罚。1984 年《联合国宣言》给出了超出限度地滥用权力的最低标准,同时建立了一个为联合国坚持的基本框架,以禁止非人道的和有辱人格的惩罚或对待(第 16 条)。这两项宣言也被认为是联合国在反酷刑道路上的里程碑。根据 1984 年《联合国宣言》第 1 条的规定,酷刑不包括“纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦”。然而,问题在于,正式的合法性能否使那些专门

* 国际刑法协会主席暨西班牙巴斯克犯罪学研究中心主任。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。

旨在摧毁人或者本质上明显是残忍的、不人道的或有辱人格的刑罚变得合法。

一、死刑:在全球范围内废止的必要性

1. 这个争论更多的是关于赞成废除死刑的讨论。尤其是,死刑与人们对于人道主义原则和“随着人类的发展,国际社会倾向于认为死刑是一种有违人道的残酷刑罚”这样一个理念的合理理解公然违背。

1.1 本着同样的精神,参加了1977年由大赦国际组织的废除死刑的国际会议的国家批准了《斯德哥尔摩宣言》。该宣言敦促各个国家“采取措施尽快地并完全地废止死刑”,并且认为死刑是“最残忍的、不人道的和有辱人格的处罚”。此外,联合国人权事务委员会(前身是人权理事会)在过去10年被广泛认可的“重要作用”即其在2005年宣布了一项决议,认为为了完全地保护每一个人生存的权利,死刑应该被废除。

1.2 在国际立法层面,旨在废除死刑的《〈公民权利与政治权利国际公约〉的第二任择议定书》(1991年)目前已经得到了75个国家的批准。在欧洲,有两个专门的《罗马规约》附属协议旨在推动废止死刑:一项适用于平时时期,另一项适用于所有时期。

前南和卢旺达国际刑事法庭和国际刑事法院的法规中并不包含死刑。

此外,即使在有死刑的国家,死刑也因为人道主义考虑而被限制适用。首先,根据《联合国公民权利与政治权利国际公约》,死刑只能是对最严重犯罪的惩罚,判处死刑应按照犯罪时有效并且不违反本公约规定和防止及惩治灭绝种族罪公约的法律(第6.2条)。其次,对十八岁以下的犯罪行为人,不得判处死刑;对孕妇不得执行死刑(第6.5条)。任何被判处死刑的人应有权要求赦免或减刑。对一切判处死刑的案件均得给予大赦、特赦或减刑(第6.4条)。除了谴责死刑之外,一些重要的国际人权组织同样也宣称死刑在某种意义上无效,至少属于违背众多国际法律文件中的相关规定。对于人权事务委员会来说,死刑即使被执行,也应当以一种使人产生最少痛苦的方式执行。另外,欧盟和美洲法院也都宣称,完全不能接受在非正当程序下或由独立性和公正性受到质疑的法庭作出的死刑判决。他们也谴责一些针对死刑犯的限制和执行方式。

1.3 联合国大会也通过了一些重要的暂停适用死刑的决议。根据决议 62/149(2007 年 11 月 15 日),联合国大会批准了第二项决议(A/RES/63/168,2008 年 12 月 18 日),号召暂停对死刑的适用。随后,第 65 届联合国大会批准了第三项决议(A/RES/63/168,2010 年 12 月)。2012 年秋季,“推动和保障人权”框架协议草案被提上讨论日程。该草案的目标是促进第 67 届联大提出的“对于继续适用死刑现状深度忧虑,呼吁联合国通过一个以废除死刑为目的的暂停执行死刑的决议”。这样的决议最终以 111 票赞成,41 票反对,34 票弃权的结果予以通过(A/RES/67/176,2012 年 12 月 21 日)。(在 2010 年,投票结果为 109 票赞成,41 票反对,35 票弃权。)

最近,另一个暂停计划已经由区域性组织美洲国际组织(OAS)下的美洲人权委员会(IACHR)和另一个区域性组织非洲人权和人民权利委员会启动。

在废止死刑已经成为一股不可逆转的国际潮流的背景下,这些努力已经使得保留死刑的国家数目明显下降。

根据联合国人权事务办公室的高级专员最新发布的报告《远离死刑:国家的经验教训》,“联合国 193 个成员国中大约有 150 个已经在立法和实践中均废止死刑或者暂停执行死刑”。自 2007 年 12 月联合国 62/149 决议通过以来,废止死刑已经取得了进展。(当时 88% 的死刑执行集中于 5 个国家:沙特阿拉伯、中国、美国、伊朗和巴基斯坦。)

对于那些已经废止死刑或者正在巩固废止死刑成果的国家来说,这场争论依然是开放的。一些国家的议会也正在考虑通过修正案来废止死刑。

最后,在保留死刑的国家里,死刑的适用也被限制在少数的特定犯罪中。中国的做法与这一点相关。2011 年 2 月,中国通过了一个修正案,废除了 13 个非暴力经济犯罪的死刑。

1.4 然而,在国际范围内对禁止死刑这样一个残忍的、非人道的、有辱人格的刑罚的范围和后果依然缺乏政治上的共识。

2. 在关于死刑的争论中提出的一些论点、论据非常有名,也经常被提到。

2.1 普遍认为,支持保留死刑的两个主要理由是:正义(报应)和

威慑。

a. 报应刑的支持者假设,对于罪行极其严重的罪犯,唯一恢复社会秩序的方法就是适用死刑。根据这项假设,刑罚的严厉程度必须与犯罪的严重程度成比例。因此,对于那些“最严重的犯罪”应当保留死刑,例如《联合国公民权利与政治权利公约》第6条第2款所规定的犯罪。比如最严重的侵略犯罪;那些被界定为最严重、最暴力的剥夺生命的犯罪(加重的故意杀人或谋杀),即根据国际人权法属于任意剥夺他人生命或侵犯他人生命权的犯罪行为。但死刑不能适用于非致命性犯罪。即使在限制死刑适用范围的国际公约的表述中,没有很高精确度的措辞也会立即招致联合国秘书长的批评,因为这样的措辞可能会受到某些签约国家的利用。此外,在法律条文中仍然保留死刑的国家中,在一个比较大的量刑幅度内适用死刑被认为是合理的。这在对于不属于最严重等级的犯罪,尤其是毒品犯罪也可以适用死刑的国家中尤为明显。

b. 按照所谓的一般预防中的威慑作用的观点,死刑似乎是为了阻止公民犯特定犯罪的例外的、必要的手段。撇开特殊预防和一般预防的可行性(从积极的角度上讲,应当强调刑法的教育和整合功能)不说,这些观点指出死刑能够威慑公众和单个的公民,防止他们犯特定类型的犯罪。然而,即使是这些主张也认为,要达到这样的目标,罪刑成比例也是很重要的。对于轻微犯罪施加最严重的刑罚是不合理的,会降低刑罚的公正性。

谈到一般预防,根据 T. Sellin(1959年)在其对于死刑所作的著名研究的结论,死刑对于最严重犯罪行为人的威慑效果至多是不明确的。而且,研究证明:“实践中,死刑对于控制犯罪几乎没有作用。”因为:

——在相邻的拥有相似经济和社会条件的国家中犯罪率不同与一个国家保留死刑适用,另一个国家废止了死刑无关;

——废止死刑并不会导致犯有原来设置了死刑的犯罪的行为人数目增加。

而且,根据对于死刑犯的认知的调查,死刑根本没有表现出其威吓作用,但问题在于部分人们认为死刑可以起到劝阻的效果。还有一个麻烦的问题是那些已经面临最严重刑罚的犯罪行为入可能会作出更暴力的行为。

2.2 然而,反对死刑并不是仅仅因为预防和报应刑罚缺乏说服力。在这项深入而持久的讨论中,对死刑的不适当的考虑还从刑事政策的角度、内在风险的角度出发,此外还包括:

- 在一个民主社会,基于人的生命的神圣与不可侵犯性,死刑是与时代潮流相冲突的,也是不合法的;
- 因为不能修正,死刑是残忍的、激进的、本质上是不公正的,并且明显是一种身体上的酷刑(并不仅仅因为其执行方式),这样的酷刑创造了一个终止罪犯生命的刽子手形象;
- 因为适用时经常有选择性、不公正性和歧视性,死刑的适用效果很不理想。

3. 犯罪学家最终指出适用死刑并非报应和预防需要的合理产物。恰恰相反,它是对那些由复杂行为问题引起的社会不满的过分夸张和严重不合理的反应。这样的社会不满情绪对经济、政治体系,乃至整个社会的安全和福祉是非常有害的。在这个意义上讲,建立一个合理的机制去分析和解决这些根深蒂固的社会不满是一种更人道的方​​式。这种方式也是反对死刑的一个关键问题。

在分析和提出一些概念的工具和机制的领域,学术界的贡献是重大的。为了防止在短期内任何退化的风险,此领域的研究应该继续深入。学术界在提出这些概念的工具和机制时,也考虑了某些国家的“死刑文化”。

此外,面临国际社会废止或暂停死刑压力的保留死刑的国家经常会提出特定的理由。针对于此学术界也应该构建一个对这些国家有特殊照顾的机制来回应这些理由。根据联合国大会的相关文件,在一些经常被用来支持保留死刑的理由中,有两个是这样的:

- 欠缺废除死刑的国际共识;
- 死刑这一问题的国内本质与人权无关。

如前所述,学术界在如下两个方面做得最好:

——在死刑问题的人权本质和反对死刑问题只是一个国内司法问题,联合国和其他国家无权过问这样两个问题上给出了严密坚实的论证;

——自贝卡利亚以来的两百多年来,证明学术界已经就尽快废止法律上的死刑达成了普遍共识。

在这个意义上,在 W. Schabas 的领导下建立国际废止死刑学术网络 (REPECAP),应该得到最热烈的欢迎和最大的支持。

二、无期徒刑和非常长期的监禁刑

在废除死刑情形下,死刑通常的替代品是无期徒刑和非常长期的监禁刑。后两者也与人道原则存在冲突。

根据《公民权利与政治权利国际公约》第 10 条的规定,自由刑在执行时应当人道,并尊重人的内在尊严(第一部分)。在一个监狱系统中,对待罪犯应当首先秉持促使其改过自新和社会复原两个目的。

1. 事实上,无期徒刑是否具有非人道性这一问题已经争论了两百多年。这一争论也延伸到了非常长期的监禁刑。长期羁押在心理和社会效果上的副作用使其演变成一种“慢性酷刑和心理折磨”,因为长期羁押会使罪犯完全丧失最终获释的期望,而且通常来说长期羁押的羁押条件也是很艰苦的(这当然可能会导致监狱内自杀率的上升)。因此,这些构成了对无期徒刑和非常长期的监禁刑与人道主义原则存在矛盾的有力证据。然而,即使考虑到绝大多数国家的羁押条件,这些后果的严重性(这不可避免地经常被讨论)也不是一个实质问题。至少从实践领域,这不存在疑问。无期徒刑和非常长期的监禁刑与人道原则的根本背离根源于它们忽视了一个人的具体情况,剥夺了一个人在经过合理的判决之后重新回归社会的基本权利。

撇开上面的不说,尽管有些国家,例如西班牙,在宪法中禁止无期徒刑,也不会适用无期徒刑(再如,巴西宪法第 5 条 XLVII 款 b 项、哥伦比亚宪法第 34 条,葡萄牙宪法第 30 条第 1 款均作了类似规定),甚至在引渡条约中规定,当被引渡人有可能被判处无期徒刑时拒绝引渡,但在众多司法体系中,无期徒刑还是大量存在的。尤其是在很多情形下,无期徒刑是被废止的死刑的替代刑罚。并且,根据《国际刑事法院规约》第 77 条的规定,当一个人犯了第 5 条所列的任意罪名,结合犯罪的严重程度和犯罪行为人的具体情况,是可以判处无期徒刑的。

一些国家的最高司法机关介入了无期徒刑是否合宪的争议。学术界和司法界普遍认为无期徒刑的适用不能是绝对的,在其执行了一定年数之后,必须由一个独立的机构在充分尊重被监禁人的基础上全面考虑是

否可以修正无期徒刑的适用。对于在英国判处的无期徒刑,欧洲人权法院也秉持着同样的路径。

在1977年的一项有重大影响力的重要判决(BVerfGE 45,187)中,德国宪法法院分析了这一问题与德国宪法第1条(人的尊严的不可侵犯性)的关系。宪法法院并不认为无期徒刑因其实质而自动成为一项非人道的刑罚。但只有在满足一定条件的情况下,无期徒刑才是可以被接受的:把对“人的尊严本质”的质疑与“尽管被囚禁者可能会有所改变,但他不得不丧失获得自由的全部希望”这样一个事实联系起来(BVerfGE 45 187, 245)。

总的来说,在上述情形下,也包括欧盟理事会会在1977年具体界定的情形下,完全没有释放可能的无期徒刑是与人道原则背道而驰的。因此,从使无期徒刑变得可接受的角度上讲,必须有一个合理的规范法规定被判处无期徒刑的犯罪行为人有可能现实的可能会获释(尽管会受到限制),也可能会获得假释。很显然,在经过一段时间(安全期)的有效刑罚执行后,无期徒刑有被更改的可能或者被判处无期徒刑的犯罪行为人可能会获得有条件释放(假释)。许多人认为,这样可以有效缓解无期徒刑与人道主义原则的冲突,尤其是尽管前述的安全期长度在不同的司法体系下并不相同,但不能超过15年。这样的做法也使得那些认为无期徒刑的执行期限欠缺精确性,也不利于犯罪行为人的再社会化的反对声减弱了。但是,这一做法并未解决复核机制在执行过程中出现的众多犯罪学问题和法律问题。

2. 在一些国家的法律体系中,并不存在无期徒刑,但是却存在长期监禁刑(也存在旨在保证其完全执行的法条)。那些被判处了如此之长的监禁刑的犯罪行为人与被判处了无期徒刑的犯罪行为人其实差别不大。在2003年改革以来,尤其是自最高法院在2006年2月28日在Parot一案中作出解释之后,这也是西班牙存在的情况。然而,最高法院再次确认由于犯罪情节而使得刑罚过重时,刑罚的再社会化目的不能或很难实现。从这个角度上讲,最高法院在其1822/1994的判决中,正确地认识到:

“忽视宪法所弘扬的再社会化和社会重组会导致‘非人道待遇’。根据刑法典第70条第2款的规定,一个犯罪行为人可能会面临超过30年的监禁刑。相比于判处其他刑罚的犯罪行为人来讲,这样的监禁刑剥夺

了行为人重归社会的机会,有可能会使其产生羞耻感或被贬低感。因此,根据宪法第15条的规定,这样的监禁刑是非人道的,有辱尊严的。”

事实上,正如贝斯坦指出的那样“任何超过14年或15年的监禁刑都糟糕透顶”,超过15年的羁押会给被羁押人带来不可逆转的伤害,因此15年应当是有效监禁刑的上限。然而,在如今这样一个“刑罚社会”,人们更加热衷于延长刑期并充分有效地执行刑罚。因为人身危险性大的犯罪行为人,在执行了其所判处的刑罚后仍然表现出很高的再犯可能性。因此,15年的上限变得越来越不可能实现。其他一些司法(如德国的模式提出了很多解决方案)经常因支持在施加的刑罚之外扩大刑罚的介入范围而招致猛烈的批评。这种惩罚性介入在一个尊重个人权利的国家里被视为是不可逾越的藩篱。西班牙刑法典在上一次(2010年)的修改中引入了一项名为“受监控的自由”的安全措施(libertad vigilada,第106条),即犯罪嫌疑人在服刑完毕之后仍被认为有犯罪的危险性。这项措施尤其应用于性犯罪人和恐怖主义犯罪人。根据刑法典第105条第2款的规定,安全措施的实施期限最长可达10年。这期间要对行为人课以一定的义务、限制或行为准则。安全措施必须在最初的判决时予以宣告,自犯罪行为入刑满释放后开始执行,但是必须是在刑满释放时,犯罪行为入人仍然被认为具有判决时的危险性时方可执行。

无论如何,在保持监禁刑的足够上限的情况下,新的规定构建了一个比羁押更加可取的制度。然而,由于众多的质疑,西班牙的立法者最近越来越多地增加对犯罪行为入服刑完毕后施加附属刑罚的可能性(刑法典第57条)、延长刑期(与此同时,还制定了保证其充分执行的配套条例)、建立安全期,并降低有条件释放的可能性。这些事实,加之预见人身危险性的难度很大,使得对这一措施的反对很有道理。在实践中,这样的措施无疑会使得刑法对犯罪的反应过于激烈,忽视了比例原则,导致了犯罪行为入对刑法典根据其所犯罪名而预知的危险性承担刑事责任。

总结

刑法的人道主义主张的第一实践推论毫无疑问是反对酷刑和禁止一切非人道的或有辱尊严的处罚和对待。这一原则应当在刑罚领域施加重大影响。根据这样的原则,应当对酷刑和其他在世界范围内被禁止的对