

当代中国 法学 名家

第三卷

人民法院出版社

法学名家

当代中国 法学 名家

第三卷

《当代中国法学名家》编辑委员会 编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国法学名家/《当代中国法学名家》编辑委员会编. - 北京: 人民法院出版社,
2005. 6
ISBN 7-80217-040-0

I. 当… II. 当… III. 法学家 - 列传 - 中国 - 当代 IV. ①D926.17②K825.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 056560 号

当代中国法学名家

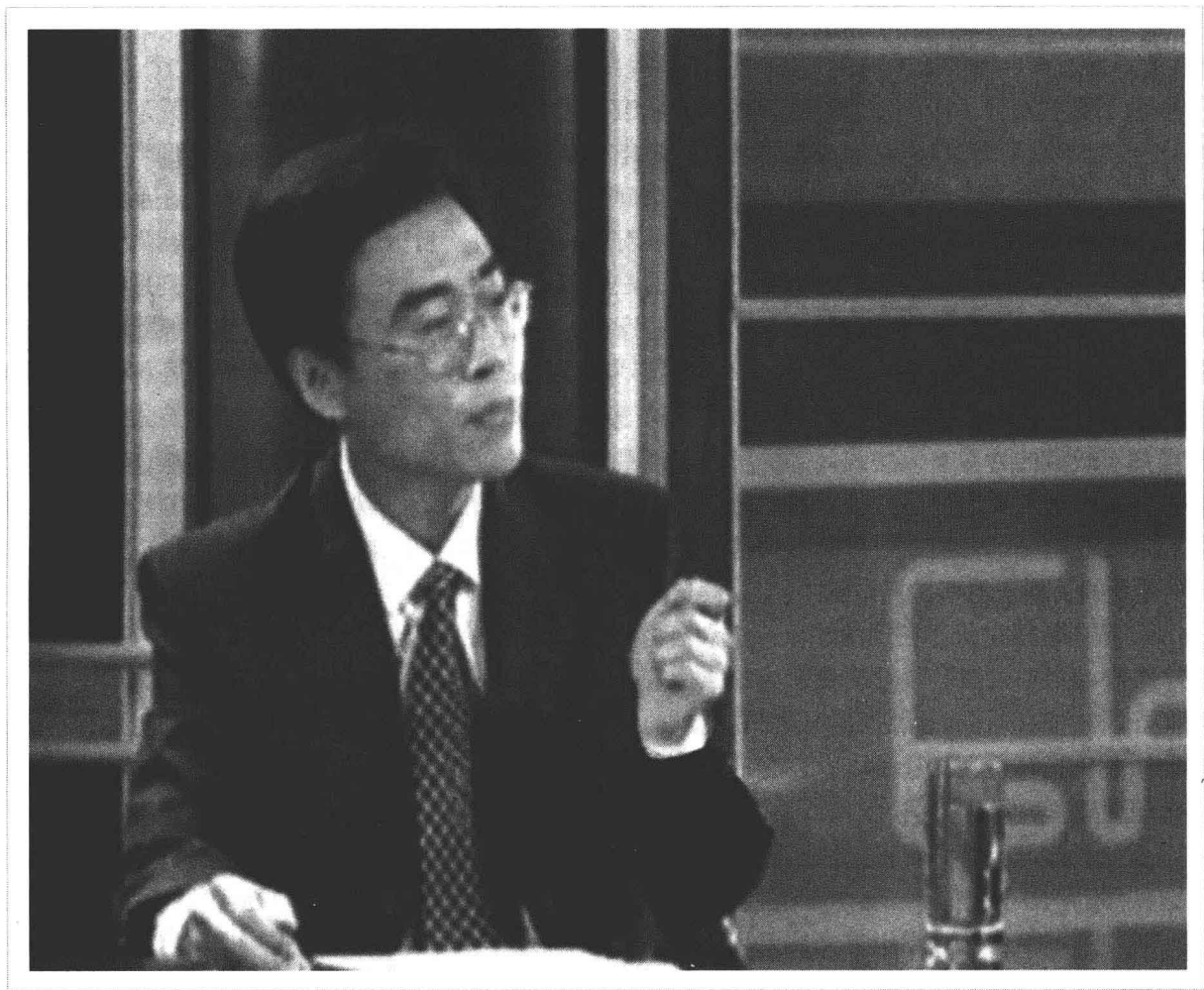
《当代中国法学名家》编辑委员会 编

责任编辑 杨亚平 胡玉莹 辛秋玲 范春雪 陈燕华 郭继良 侯笑宇
封面设计 孙 宇
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
售书电话 010-64786318 64785927 64785037 85250558
网 址 www.faxuemingjia.com
印 刷 北京顺诚彩色印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 880×1230 毫米 1/16 插页 16 页
字 数 4800 千字
印 张: 172
版 次 2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-040-0
定 价 1680.00 元 (全四卷)

版权所有 侵权必究
(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)





曲新久

曲新久，男，1964年11月出生，山东省莱州市人。1985年毕业于中国政法大学法律系，获法学学士学位；1988年毕业于中国政法大学研究生院，获法学硕士学位；2001年获法学博士学位。自1988年开始担任中国政法大学教师，历任助教（1988年）、讲师（1990年）、副教授（1994年）、教授（1999年），现任中国政法大学教授、博士生导师，兼任刑事司法学院副院长、刑法研究所所长、中国法学会刑法学研究会理事、中国犯罪学研究会理事、北京律师协会刑事辩护专业委员会委员等职务。他的主要研究领域是刑法学、刑事政策学，论文数十篇，专著有《刑法的精神与范畴》（2000年版、2003年修订版）、《刑事政策的权力分析》（2002年）、《金融与金融犯罪》（2003年）。他曾获司法部优秀教师（1994年）、北京市高校优秀青年骨干教师（1994年）、北京市高校教学成果二等奖（1997年）、北京市教育教学成果一等奖（2001年）、国家级教学成果二等奖（2001年）、第三届中国高校人文社会科学优秀成果二等奖（2002年）、北京市高等学校教学名师（2003年）等称号、奖项。

主要学术思想观点

曲新久教授致力于刑法学、刑事政策学研究，领域涉及刑法基础理论及其应用、刑事政策一般理论及其应用、犯罪特别是经济犯罪及其预防与控制等方面，对刑法学范畴体系、刑事责任、刑罚个别化、刑罚人道主义、刑事政策等基础理论问题有独特贡献。主要学术观点是：在刑法领域，主张个人自由与社会秩序之间的统一性以及二者对立时刑法对于自由价值的优先选择，刑法正义原则与功利目的对立统一为刑法目的保护主义和刑法规范平等主义，这一思想对于一系列刑法基本理论问题和实践问题的解决有着重要的学术价值和意义；在刑事政策领域，主张刑事政策是权力支持之下预防和控制犯罪的公共政策，对于审视我国刑事政策的一般问题以及为分析解决各种具体刑事政策问题提供了一个基本的分析思路与方法，对于刑事政策学的一般理论框架和研究范式的建立以及我国刑事政策的许多重大实践问题的解决，都具有重要价值和意义；在经济犯罪领域，主张对于经济犯罪（也包括其他种类犯罪）的研究，需要将经济学知识（以及其他学科知识）引入刑法学领域，并与刑法理论知识有机结合，而不只是单纯的法律逻辑分析。

1. 关于刑法的精神与价值

曲新久教授主张，在刑法领域，个人自由与社会秩序之间表现为复杂的对立统一关系，刑法应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统一与均衡。刑法正义原则与功利目的是对立统一的辩证关系，这种关系可以具体化为刑法目的保护主义和刑法规范平等主义。刑法以自由之社会秩序为功利追求，并在个人自由与社会秩序二者之间以自由为优先选择，是正义的。

关于秩序与自由，曲新久教授主张，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莫不与这些问题有关。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。刑罚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。一方面，刑法以制裁的方式控制人们的行为，但不是人们的思想；另一方面，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，是个人自由的基本涵义。刑法通过惩罚犯罪行为来保护个人自由，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。虽然人具有动物的属性，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。曲新久教授主张，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。刑法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。

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，也必定是非正义的。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。曲新久教授认为，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。

2. 关于刑事政策

曲新久教授将刑事政策视为刑事法学、犯罪学、公共政策学的交叉科学问题，立于“最好的社会政策是最好的刑事政策”的广义刑事政策论立场，以公共政策学为知识背景，从权力视角并以权力为分析工具，以我国已有的尽管薄弱但却重要的刑事政策实践经验和理论成果作为基本的实践素材和理论素养，吸取刑事一体化的思想，综合运用法学、社会学、政治学、哲学等学科的理论及知识，将理论思辨与实证研究相结合，对刑事政策进行了系统分析和交叉性研究，通过科际整合，提出刑事政策是权力支持下预防和控制犯罪的公共政策这样一个基本命题，得出了一些新的重要的结论，既支持了我国理论界的一些重要观点，也批评了一些流传甚广的错误观点。

3. 关于罪刑法定原则

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；只有依照行为人行行为时的法律，才能对行为人的行为定罪并对行为人判处刑罚，行为人行行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涵义。

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，而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地解释,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。

4. 关于罪刑相当原则

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。罪刑相当原则的离不开立法确认与司法实现。

5. 关于刑罚个别化原则

刑罚个别化的基本涵义是,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。具体而言,罪刑相当原则是调整刑罚与犯罪即罪刑关系的基础性原则,为刑罚个别化原则的运用划定范围与疆界;刑罚个别化原则是调整刑罚与犯罪人之关系的基本原则,它要求刑罚应当根据犯罪人的具体特点有针对性地加以规定、裁量与适用,从而构成对罪刑相当原则的制约与校正。

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做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。

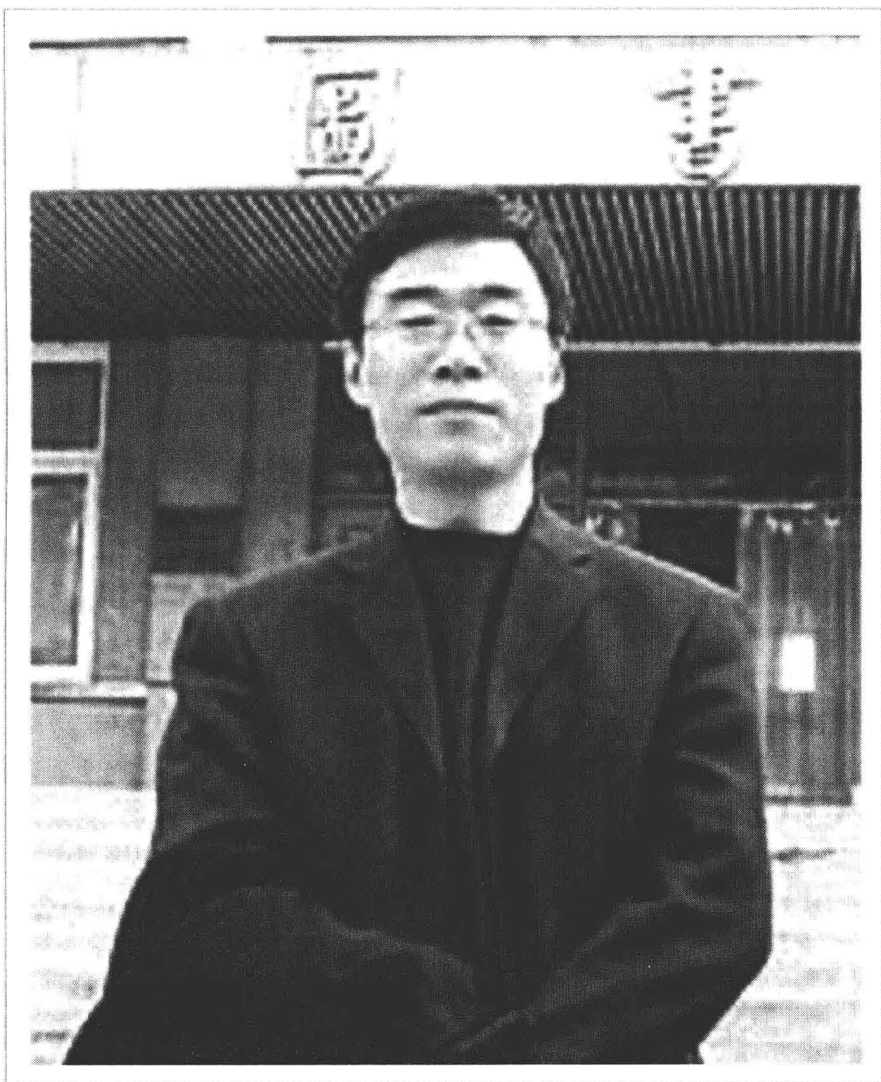
6. 关于刑罚人道主义

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。刑罚人道主义之基本内容，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。

7. 关于犯罪论

犯罪乃刑法之基本范畴，应多方面地定义，即便在每一个方面，也可以从不同的侧面去定义，



——2002年，曲新久教授在中国政法大学图书馆前留影

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、侵害合法利益、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所组成，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。

8. 关于犯罪人理论

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，以刑法之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，即犯罪行为人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其再次犯罪的可能性。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之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，曲教授认为，可以将犯罪人区分为累犯、惯犯、激情犯、偶然犯、少年犯5种。

9. 关于刑事责任理论

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人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。

10. 关于刑罚理论

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含括的全部内容，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。一体化地考察刑罚本质、功能和目的的关键在于：我们应当理智地使用具有严厉之惩罚性和痛苦性的制裁措施——刑罚，充分地利用刑罚的诸多功能作为达到预防犯罪之目的的手段，并将这些手段与其他法律措施、社会政策等结合起来，统一起来。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。

代表作简介

1. 《刑法的精神与范畴》 中国政法大学出版社 2000 年第 1 版、2003 年修订版

刑法哲学，是刑法知识的高度抽象和概括，是刑法学根本观点的体系化。刑法哲学的研究对象和体系是刑法哲学研究的重要问题。《刑法的精神与范畴》以如下三方面的基本内容作为刑法哲学的研究对象，而这三方面内容有机结合则构成刑法哲学的体系。

其一，精神范畴。刑法的精神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、世俗的经验积累与提升，也常常表现为一种抽象的理性思辨以及超理性的直觉和顿悟。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。长期以来，人类的先哲们对于自由、秩序、正义、功利、平等、民主……进行了不懈地思想探索，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。刑法哲学研究的基本任务之一是结合时代特点思想前人的思想以揭示我们这个时代的刑法精神。

自由、秩序、正义与功利这些表达刑法基本精神的价值符号属于刑法当中最重要的精神范畴。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，是刑法哲学首先需要解决的问题。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、基于人的意志而形成的具体社会关系中重要利益的保护；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，外在地表现为以制裁的方式控制人们的行为，内在地表现为通过刑法的适用实现公众对于刑法规范的普遍认同和尊重。刑法通过惩罚犯罪行为来保护自由，通过防止来自于国家对于个人自由的专断干预来保障自由，刑法应当是适用于未来且非溯及既往的、公开的、稳定的、明确的、可行的、平等适用于所有人的一般性的抽象规则。个人自由与社会秩序之间表现为复杂的对立统一关系，刑法应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。正义与功利之间在刑法领域亦表现为复杂的对立统一关系，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。自由、秩序与正义、功利之间则有着更为复杂的联系，原则上讲，刑法以自由之社会秩序为功利追求并在二者之间以自由为优先选择，是正义的。

其二，实体范畴。实体范畴是哲学体系的基本构件，刑法的实体范畴即基本概念是刑法之精神与价值的凝固，是实在化了的精神和价值。刑法的精神必须依托于并且通过这些实体范畴体现出来，没有实体范畴的存在，刑法精神也就成了失去家园的幽灵而丧失其应有的价值和意义。准确地筛选若干基本概念作为刑法的实体范畴并阐述其核心内容，是刑法哲学的基本任务。

犯罪、犯罪人、刑事责任、刑罚是刑法当中最重要的实体范畴。犯罪是指违反刑事义务、侵害合法利益、应受刑罚处罚并通过刑事诉讼程序加以确定的行为；犯罪人是实施了犯罪行为的人。犯罪与犯罪人之间的关系，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，关键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其再次犯罪的可能性。刑事责任，是指实施犯罪行为的人应当承担的人民法院依照刑事法律对其犯罪行为及其本人的否定性评价和谴责。刑罚则是实现刑事责任即表达国家对犯罪行为及犯罪人否定性评价和谴责的基本方法。刑事责任是刑罚的前提，没有刑事责任便没有刑罚，刑事责任性质与程度决定和影响刑罚的适用。因此，犯罪、犯罪人、刑事责任、刑罚这四大基本范畴之间有着极为复杂而密切的联系。

其三，关系范畴。刑法实体范畴之间的关系范畴，也就是刑法最基本的实体范畴之间相互联系的常理，集中表现为刑法的基本原则。刑法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，而不是一个死的僵化体系对待。

罪刑法定、罪行相当、刑罚个别化、刑罚人道主义是刑法当中最重要的关系范畴。罪刑法定、罪刑相当是犯罪与刑罚之间的关系范畴，要求刑罚与犯罪均衡并由法律加以规定；刑罚个别化、刑罚人道主义则是刑罚与犯罪人之间的关系范畴，要求个别地、人道地对待犯罪人。罪刑法定是最为重要的正义性原则，并且派生出一系列具体原则，罪刑法定原则与自由、秩序、民主等法律价值密切相连。罪刑法定与罪刑相当之间有着密切的联系，罪刑相当与刑罚个别化之间有着密切的联系，而刑罚个别化又与刑罚人道主义之间有着密切的联系。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。刑罚个别化原则与罪刑相当原则既相互区别，又相互联系，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。刑罚人道主义与刑罚个别化原则也具有极为密切的联系，没有刑罚个别化原则，刑罚人道主义就会成为一句空话；没有刑罚人道主义的限制与指导，刑罚个别化原则的运用就有可能陷入法西斯主义刑法的泥潭。只有合乎人道的个别化刑罚，才是正义并符合刑法之功利追求的。

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，对于刑法精神来说，人们思想到的总是多于人们所能讲出来的，正可谓：“道可道，非常道；名可名，非常名。”揭示人们尚未完全意识到、尚未完全表达出来的探索中的抽象问题是一种哲学探索，是哲学研究的基本任务。刑法精神需要借助于一定的价值符号系统，以合乎逻辑的方法尽可能清楚地表达出来，以期最主观的东西获得最低限度的客观性、确定性，这也正是刑法哲学的基本任务之一。刑法实体范畴和关系范畴以刑法精神为内在灵魂，具有不同于刑法精神范畴的可思可感的实在性和独立性，是可以系统化、体系化、理论化的内容。如果以上述任何一个基本范畴为主题展开全面而充分地研究，都可以写成厚厚的一大本，但是，刑法哲学的基本任务不是去探讨每一主题的所有方面的全部细节，而是去探讨每一个主题领域的核心内容，并从这些关联的领域中抽象出关联性的知识——原则和规则，进行广泛概括和综合构造，从而形成一个具有高度概括性、关联性、综合性的完整的有意义的知识体系。所以，刑法哲学的重要任务就是将刑法的实体范畴系统化，进而揭示其间复杂的关系范畴，使难以名状——甚至于“不可道”、“不可名”的隐性知识——刑法精神显现为可道、可名的相对确定而完整的哲学体系。于是，作者对于刑法哲学的研究便以《刑法的

精神与范畴》为题。

总而言之,刑法哲学的研究对象包括精神范畴、实体范畴、关系范畴三个基本方面。自由、秩序、正义与功利这些表达刑法基本精神的价值符号属于刑法当中最重要的精神范畴,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,刑法哲学研究基本上可以围绕着这12个基本范畴而展开,并形成从精神范畴到实体范畴再到关系范畴的内在逻辑结构,构成刑法哲学体系。

2. 《刑事政策的权力分析》 中国政法大学出版社2002年版

任何国家和社会都必须应对犯罪问题,因而必须关注和研究应对犯罪的政策——刑事政策问题。《刑事政策的权力分析》一书,通过对中西刑事政策理论与实践历史的简要回顾,作者发现,存在于各国刑事政策实践和理论中的共同线索,是支撑于刑事政策背后的权力。作者试图通过对刑事政策的权力分析,为我国刑事政策学知识体系和研究范式的建立,提供一个思路,理出一些头绪,得出一些基本结论。

作者提出,所谓刑事政策,是指国家基于预防犯罪、控制犯罪以保障自由、维持秩序、实现正义的目的而制定并实施的准则、策略、方针、计划以及具体措施的总称。刑事政策与权力有着密切的关系,刑事政策是权力支持下的公共政策。任何刑事政策都依赖于组织化、合法化的权力系统支持。刑事政策背后的权力系统以国家的强制性权力为中心,但又不限于国家的强制性权力,还包括经济组织、社会组织的、公民个人的一切为法律、习惯所认可的预防、控制犯罪的权力。作者提出,我们需要对支持刑事政策决策和执行的各種权力进行系统分析,具体来说,以刑事政策的价值目标——自由、正义、秩序为标准,分析刑事政策决策权力以及刑事政策执行权力。作者主张,国家应当合理地分配权力以及确保各种权力之间相互协调、相互制约,并将各种权力的运行纳入法治轨道。

借助于政策科学的研究成果和系统分析方法,作者对我国刑事政策背后之权力系统进行了分析。我国的刑事政策决策是国家,具体主要由中国共产党、政府、权力机关三个权力系统负责。作者主张,我国刑事政策决策应当民主化、科学化。执行刑事政策的权力系统是,由中国共产党——国家机关——经济组织——社会组织——公民个人构成的权力系统。国家权力系统表现为,在中国共产党的领导和人民政府的领导、组织、指挥、协调下,公安机关、检察机关、人民法院等国家机关分工负责、相互配合、相互制约的结构,在这一结构中,政府的行政权力十分强大,检察机关、法院的地位和权威相对较为有限。社会组织、经济组织的权力居于辅助地位并起着次要作用。公民个人权力则居于拾遗补阙的地位。

作者指出,为实现刑事政策之目标,确保权力合理运作的关键是,正确地处理刑事政策与法律的关系。在刑事政策与刑事法律的关系问题上,我国的刑事政策确实在一定范围内和一定意义上表现为刑事法律的灵魂,但是并不像许多学者所通常认为的那样仅仅是刑事法律的灵魂,也不像许多学者所通常认为的那样不能过于具体化,大量的刑事政策是十分具体的,它们有时以具体规范或者说规则的形式存在。因此,就刑事政策与刑事法律的关系而言,实际情况要复杂得多:一方面刑事政策体现于刑事法律之中,但某些重大刑事政策可能并没有为法律所足够体现,也没有为刑事政策实践所充分实现,因而其价值主要在于表态作用和象征意义;另一方面,在法律规定不明确而需要政策规则出场的情况下,政策规则又十分地缺乏,有时名义上存在的刑事政策可能并不存在或者基本上不存在。历史地看,我国的宪法、法律起源于党的政策并长期居于政策之下。在建设社会主义“法治国家”的今天,在观念层面上,我们必须突出法律的地位,但刑事政策的指导意义和作用不应当被忽视。刑事政策指导刑事法律的适用,但刑事司法活动中只有刑事法律才是审判刑事案件的直接标准。刑事政策决策和执行实践中形成的具体规则、规范应当以适当的渠道纳入刑事法律体系之中,从而丰富我国的刑事法律规则体系,进而也就直接或者间接地构成对于国家权力的限制,这

也是刑事政策法律化的一个重要价值。

通过分析与研究,作者得出的主要结论是,中国共产党的领导方式需要进一步改革和完善,党不宜直接干预刑事案件,不宜就具体案件作出指示;各级权力机关的监督权不能构成对行政机关、检察机关、人民法院独立行使行政权、检察权和审判权的干涉;以剥夺公民人身自由为内容的行政强制性权力必须受到足够的限制和制约,这种权力不应当成为行政机关实现治安目的的主要手段,公安机关应当放弃劳动教养的决定权,劳动教养应当而且必须司法化,劳动教养的决定权应由人民法院行使;人民检察院、人民法院尤其是后者的独立地位与权威需要真正地确立和进一步地提高;社会组织、经济组织的权力需要扶植、规范和诱导;个人权力需要适当的调整、明确。

本书主要学术贡献是,将刑事政策视为刑事法学、犯罪学、公共政策学的交叉科学问题,从权力视角并以权力为分析工具,运用系统分析的方法,将理论思辨与实证研究相结合,对于刑事政策的理论问题与实践问题,特别是刑事政策的概念、决策、执行及其与法律的关系等基本问题,进行了较为深入地分析和研究。本书的理论创新主要在于,立于“最好的社会政策是最好的刑事政策”的广义刑事政策论的立场,以公共政策学为知识背景,以权力作为分析的视角和工具,以我国已有的尽管薄弱但却重要的刑事政策实践经验和理论成果作为基本的实践素材和理论素养,吸取刑事一体化的思想,综合运用法学、社会学、政治学、哲学等学科的理论及知识,对于刑事政策进行了问题性研究、交叉性研究,通过科际整合,提出刑事政策是权力支持下的公共政策这样一个基本命题,得出了一些新的重要的结论,既支持了我国理论界的一些重要观点,也批评了一些流传甚广的观点。本书的研究,对于审视我国刑事政策的一般问题,以及为进一步分析解决各种具体刑事政策问题提供了一个基本的分析思路与方法,对于刑事政策一般理论框架和研究范式的建立以及我国刑事政策的许多重大实践问题的解决具有重要价值和意义。

附录

曲新久教授主要作品目录

著作

- | | |
|---|-------------------------------|
| 1. 《刑法的精神与范畴》
中国政法大学出版社 2000 年第 1 版、2003 年修订再版 | 中国政法大学出版社 2002 年版 |
| 2. 《刑事政策的权力分析》 | 3. 《金融与金融犯罪》
中信出版社 2003 年版 |

参与撰写的学术著作

- | | |
|--|---|
| 1. 《刑事政策学》(何秉松主编)
群众出版社 2002 年版 | (陈光中等主编)
法律出版社 1998 年版 |
| 2. 《〈公民权利与政治权利国际公约〉批准与实施问题研究》(陈光中等主编)
中国法制出版社 2002 年版 | 4. 《刑法各论的一般理论》(陈兴良主编)
内蒙古大学出版社 1992 年版 |
| 3. 《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》 | 5. 《经济刑法学》(陈兴良主编)
中国社会科学出版社 1990 年版 |

6. 《经济犯罪学》（陈兴良主编）

中国社会科学出版社 1990 年版

主编及参与撰写的教材

1. 《刑法学》（主编）

中国政法大学出版社 2004 年版

2. 《刑法概论》（主编）

长安出版社 2004 年版

3. 《刑法学案例教程》（主编）

知识产权出版社 2003 年版

4. 《刑法教科书》（何秉松主编）

中国法制出版社 1994-2000 年出版

5. 《刑法学》（陈明华主编）

中国政法大学出版社 1999 年版

6. 《刑法教程》（何秉松主编）

中国法制出版社 1998 年版

7. 《中国新刑法学》（肖扬主编）

中国人民公安大学出版社 1997 年版

8. 《案例刑法教程》（合著）

中国政法大学出版社 1994 年版

论文

1. 《刑事政策的概念界定与学科建构》

《法学》2004 年第 2 期

2. 《我国死刑政策的制度分析》

《法学论坛》2004 年第 1 期

3. 《犯罪论体系片语》

《政法论坛》2003 年第 6 期

4. 《论刑事附带民事诉讼中公权与私权的协调》

《法学》2003 年第 8 期

5. 《“非典”时期的“典型”反应——评“两高”的一个司法解释》

《政法论坛》2003 年第 3 期

6. 《推动废除死刑：刑法学者的责任》

《法学》2003 年第 4 期

7. 《审理涉非典刑事案件的 legal 与政策界限》

《法制日报》2003 年 5 月 22 日第 10 版

8. 《刑事检察业务中的若干刑法问题》

《人民检察》2002 年第 12 期

9. 《刑法哲学的学术意义》

《政法论坛》2002 年第 5 期

10. 《恶意透支之信用卡诈骗罪的认定》

《人民公安》2002 年第 4 期

11. 《“黑哨”行为已经构成受贿罪》

《政法论坛》2002 年第 3 期

12. 《赃物追缴中的法律与法治问题》

《人民公安》2001 年第 11 期

13. 《轻刑化与非刑罚化在中国》

《中英量刑问题比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年 2 月版

14. 《科学量刑与司法公正》

《人民法院报》2001 年 2 月 19 日

15. 《没收财产，一种应当废除的刑罚》

《检察日报》2000 年 3 月 16 日

16. 《论个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先选择》

《法学研究》2000 年第 2 期

17. 《论个人自由的刑法保护与保障》

《政法论坛》1999 年第 5 期

18. 《侵入他人股票帐户盗卖盗买股票行为的定性分析》

《人民检察》1999 年第 9 期

19. 《论社会秩序的刑法保护与控制》

《政法论坛》1998 年第 4 期

20. 《增值税偷税行为的认定》

《人民公安》1998 年第 23 期

21. 《生产、销售伪劣产品罪的既遂、未遂与预备形态》

《人民检察》1998 年第 10 期

22. 《澳门与内地司法协助问题研究》

澳门《法域纵横》（PERSPECTIVAS do DIRETO）1996 年第 1 期

23. 《刑法理论的改革与开放》

《中国法学》1994 年第 6 期

24. 《论刑事责任的概念与本质》

- 《政法论坛》1994年第1期
25. 《办理盗窃罪案件刑事司法解释的五大变化及其问题》
《中国法学》1993年第5期
26. 《社会危害性的评价标准》
《法学》1993年第5期
27. 《论我国刑法中叙明罪状的修改与完善》
《河北法学》1992年第4期
28. 《经济犯罪的防治对策》
《政法论坛》1992年第4期
29. 《略论罪状》
《政法论坛》1992年第2期
30. 《论吸收犯》
《中国法学》1992年第2期
31. 《论我国刑法中的简单罪状及其完善》
《法律科学》1991年第6期
32. 《试论刑法学的基本范畴》
《法学研究》1991年第1期
33. 《论经济刑事立法的必要性原则》
《政法论坛》1990年第1期
34. 《论我国刑法所保护的有价证券》
《人民检察》1989年第10期
35. 《论我国刑法面临的五大问题》
《政法论坛》1989年第2期
36. 《赦免：历史渊源、理论发展和现实》
《世界经济导报》1989年3月27日
37. 《公诉中应提出对被告人的具体刑罚要求》
《人民检察》1988年第10期
38. 《论刑事责任的概念及其实现》
《政法丛刊》1987年第6期
39. 《试论刑罚个别化原则》
《法学研究》1987年第5期
40. 《牵连犯应当并罚》
《法学与实践》1987年第4期
41. 《论刑事责任的根据》
《河北法学》1987年第4期
42. 《建议修改我国刑罚体系的轻重次序》
《法学天地》1987年第2期
43. 《数罪并罚中没有质变》
《法学与实践》1986年第4期



饶戈平

饶戈平，男，1948年1月出生于湖南沅江，北京大学法学院教授、博士生导师，国际法研究所所长，港澳台法律研究中心副主任。他的研究领域包括国际法、国际组织法、港澳台法律、中国近代外交史。社会兼职有中国国际法学会副会长，全国自考法学类专业委员会副主任委员兼秘书长，国务院发展研究中心港澳研究所副所长兼高级研究员，中国联合国协会理事，全国台湾研究会理事，武汉大学、华东政法学院、西北政法学院、深圳大学等大学兼职教授。

1966年北大附中高中毕业。“文化大革命”期间下乡到黑龙江生产建设兵团，前后历经十年，当过农业工人、中学教师、大学教师。1977年参加“文革”后第一次高考，次年进入黑龙江大学哲学系。1979年以在校本科生资格考入北京大学法律系研究生，师从王铁崖教授学习国际法与中国外交史。1982年获法学硕士学位，留校任教至今。1984-1985年和1991-1992年，先后在美国华盛顿大学和纽约大学访问研究。1995年10月，在加拿大渥太华大学访问研究。1999年6月至9月和2003年7月，先后在德国马普比较公法与国际法研究所访问研究。

人才培养

饶戈平教授自1982年起任教于北京大学法律系（法学院）至今。他先后为本科生、研究生讲授