

刑事法治 与 人权保障

主 编 / 曲伶俐

中国法制出版社

刑事法治与人权保障

主 编：曲伶俐

副主编：李蕴辉 张 霞

中国法制出版社

责任编辑:王烈琦

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治与人权保障/曲伶俐主编. —北京:中国法制出版社,2006.4

ISBN 7-80226-135-X

I. 刑... II. 曲... III. 刑事诉讼法-中国-文集
IV. D925.204-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 026219 号

刑事法治与人权保障

XINGSHI FAZHI YU RENQUAN BAOZHANG

主编/曲伶俐

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2006 年 4 月第 1 版

印张/12 字数/315 千

2006 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-135-X

定价:29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话:66010483

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

前 言

“人权”这个伟大的名词是西方资产阶级反对封建神权和特权的产物，最早可追溯至 1215 年的英国《自由大宪章》。随着几个世纪的更迭和发展，国际社会的人权已从一种思想理论进入实践领域，成为区域性人权公约和国际人权宪章，乃至落实为众多国家的法治原则。

一百多年来，争取人权一直是中国人民奋斗的目标。中华人民共和国成立后，中国的人权状况得到了根本上改变。1991 年《中国人权白皮书》发表，人权成为一个“伟大的名词”、“崇高的目标”、“长期以来人类追求的理想”而受到高度评价。党的十五大确立的依法治国基本方略，又使人权的普遍性得以承认和重视，因为依法治国的本质是人权保障。尤其是 2004 年《宪法修正案》将“国家尊重和保障人权”正式写入了宪法，表征着“尊重和保障人权”已落实为我国的法治原则，标志着我国已跨入了建设民主法治国家的新时代。

宪法所规定的法治原则有赖于部门法的贯彻落实。刑事法律以追究犯罪人刑事责任、惩罚犯罪为己任，而其惩罚手段又直接针对公民的人身权利和财产权利，性质也极具强制性，用之得当，国家和社会两受其益；用之不当，极易侵犯人权。不容置疑的是，我国目前在这一领域中的人权保障从立法到司法，乃至观念上存在着许多缺陷和不足，也导致了我国刑事司法实践中出现了像刘涌从死缓到死刑执行，余祥林从有罪到无罪这样在理论研究上、制度构建上，以及司法实践中都值得深思的案件。

刑事法治领域中的人权保障问题，既是现实的问题，也是带有深刻理论价值的问题。为此，山东省法学会刑法学研究会于 2005 年 7 月 30—31 日在山东省邹平县召开了主题为“刑事法治与人权保障”的学术年会。本次会议虽然是刑法学研究会的年会，但由于刑

事法治中的人权有别于宪法意义上的基本人权，也异于《世界人权宣言》所宣示的普遍人权，刑事法治中的人权的“人”主要指犯罪嫌疑人和被告人，也包括刑事被害人及其他诉讼参与人，甚至包括一切潜在的被害人；刑事法治中的人权的“权”，既指实体权利也有诉讼权利。加之山东省刑法学研究会的研究立场从来都是开放的、交融的，是站在刑事法律一体化的立场研究刑事法治领域中的问题的，因此本次年会主要从刑法和刑事诉讼法两个角度探究人权保障问题。主要体现为五个方面：刑法基础理论与人权保障；刑罚制度与人权保障；具体犯罪与人权保障；司法制度与人权保障；以及在国际刑法领域中的人权保障。

总之，我们选择“刑事法治与人权保障”这一研讨主题，既是时代的呼唤，也是现实的需要。我们的目的就是要通过探讨刑事法治与人权保障的关系，以期构建以人类的先进文化作为刑事法治的伦理根基，积极借鉴世界上的先进刑事法律研究成果，并与我国法律文化传统及社会现实条件相结合，符合我国国情和未来发展需要的刑事法治人权保障理论。在这一理论中体现最广大人民根本利益的需要，就是要在刑事立法、司法、执行等方面贯彻以人为本的理念，尊重和保护人权，反对重刑主义、滥用刑罚，切实发挥刑事法治的人权的保护和保障机能。

曲伶俐

2005 年 11 月

目 录

前 言	(1)
-----------	-----

一、刑法基础理论与人权保障

论平等权的刑法保护	都玉霞(1)
论刑法对公私财产权的平等保护	李军海 朱朝峰(15)
论在人权保障视野下刑法的人道观	刘道朋 李蕴辉(24)
社会契约之价值重构	杨志壮(40)
刑法的人权保障之维	刘庆伟 姜淑华(53)
论刑法司法解释领域的人权保护	马凤春(62)
论刑事司法解释	阎 丽 李建玲(69)

二、刑罚制度与人权保障

我国刑罚结构的实然与应然	曲伶俐 王俊民(79)
以人权保障为视角谈刑罚轻缓化	张爱艳(94)
论刑罚的轻缓化	王占启(103)
刑罚现代化与人权保障问题研究	田育鑫(113)
我国死刑控制与人权保障	王善刚 梁科兴(121)
从人权保障视角看我国累犯制度	葛 进(130)
从刑罚的功能看我国缓刑制度的完善	张 霞(141)
假释制度研究	冯殿美、侯艳芳(153)
对我国监禁行刑社会化的展望	张传伟(163)

三、具体犯罪与人权保障

论刑法中的推定犯及其证明责任	初炳东(175)
虐待被监管人罪疑难问题浅析	周海洋 逯 星(189)
简论刑讯逼供罪	郑培兵(198)
社会管理秩序中的话语分析	王海平(205)

四、司法制度与人权保障

我国人权的刑事法律保障	周玉华 刘兆法(216)
-------------------	--------------

现代刑事司法理念与人权保障	韦良平	李 晶(225)
浅谈刑事诉讼中的人权保障理念	马运立	(239)
公职人员利用职权侵犯人权犯罪问题研究	李少华	(247)
公职人员利用职权侵犯人权犯罪的防控机制 研究	周长军	汪 雷(258)
试论在创建和谐社会中检察环节上人权保障 的刑法运用	赵继明	(270)
浅析遏制刑讯逼供的诉讼机制建构	杨晓静	(284)
人权视野之下的卧底侦查若干问题探析 ...	宋献晖	刘修军(297)
未决羁押制度中的人权保障思考	李继永	(307)
对罪犯权利保障的研究与探讨	衣奋强	张全国(315)
关于建立刑事案件受害人生活困难救济制度 的探索	青岛中院刑二庭	(329)
“一事不再理”原则是为保障人权立起的一 道法律屏障	张著军	梁守萍(336)
五、国际刑法领域中的人权保障		
中国国际刑法理论与实践的反思与检讨 ...	牛忠志	张丽平(344)
国际反酷刑公约与我国反酷刑刑事立法 ...	李 伟	杨 哲(357)
《联合国反腐败公约》与我国刑法的完善	于同良	梁文彩(366)

一、刑法基础理论与人权保障

论平等权的刑法保护

都玉霞^①

平等权刑法保护的首要前提是要从思想观念和理论上正确认识 and 把握平等权。我国宪法第 33 条第 2 款规定，“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”。我国刑法第 4 条也规定，“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”因此，很多人把对平等及平等权的保护仅理解为一个适用法律的问题，而不把它当作一个立法问题来对待，尤其在刑法领域。为了澄清这一问题，笔者欲针对平等权及平等权的刑法保护谈一点粗浅的看法。

一、平等权的含义

平等权是人权的基本内容。在法治社会里，没有人与人之间的平等，就没有法律价值的公平和正义。

平等权作为我国公民的一项基本权利，它意指权利主体法律地位、人格的平等，即平等地享有宪法和法律规定的权利，平等地履行宪法和法律规定的义务，平等地受罚和平等地受到司法救济。具体说来，包括以下几个方面：

首先，平等权是平等对待和合理差别对待的统一。平等权是指法律关系主体地位和人格的平等，而不是指事实上的、绝对的平等。通常表述为权利主体（主要是指公民）不因民族、种族、肤色、性

^① 都玉霞，山东政法学院副教授。

别、语言、职业、政治或其他观点、宗教信仰、财产、居住地点、户籍、家庭和其他身份以及所有制性质等差异，在宪法和法律上的地位平等。平等地享受权利，平等地履行义务。

然而，强调主体法律地位、人格平等，并不反对区别对待。由于人本来就在人种、性别、出生、天资及能力等方面存在某些先天性或后天性的差别，如果一味强调无差别的平等对待，反而会导致更大的不公正。因为法律最大的价值目标毕竟是追求社会公平、正义，所以法律上的区别对待或者差别对待，无论是施以保护或惩罚，都不能违背公平、正义这个大前提。即在法律地位、人格平等的前提下，施以合理的差别对待。因此，从此种意义上来讲，平等权还意味着同等情况同等对待，不同情况区别对待。在没有正当理由的前提下，不得实施歧视和不合理的差别对待。

其次，平等权是立法平等与适用法律平等的统一。早期的宪法、法理学教科书对平等权的理解主要是基于对宪法第 33 条规定的解说，认为公民在法律面前一律平等就是指法律实施上的平等，而不是指立法上的平等，因为“在立法问题上，人民和敌人是不能讲平等的”。^①直到上世纪末，才有学者提出平等权不仅指适用法律上的平等，也包括立法上或法律内容上的平等。而有的学者甚至认为，“人类追求的法律平等仅指立法的或法律内容上的平等，适用法律的平等只是其附属物”。^②国外学者对平等权的看法重点在于：平等权对立法机关、行政机关和司法机关具有拘束力，既含有要求国家机关消极不作为的功能，又有要求其积极作为的功能，但尤其注重其消极性功能。^③德国主张新理论者认为，若平等权不能有效地拘束立法者，那么宪法的平等权就形同虚设。提出宪法的平等权不仅是法律适用之平等，同时也是“法律制定之平等”。^④我国台湾学者也认为，宪法平等权的保障依其拘束对象之不同，可分成“法律适用”

① 吴家麟主编：《宪法学》，群众出版社 1983 年版，第 324 页。

② 周永坤：“市场经济呼唤立法平等”，载张文显、李步云主编：《法理学论丛》（第 1 卷），法律出版社 1999 年版，第 415 页。

③ 朱应平著：《论平等权的宪法保护》，北京大学出版社 2004 年版，第 29 页。

④ 李忠夏：《试论平等权的内涵》，<http://www.calaw.cn/include/shownews.asp?newsid=492>。

的平等与“法律制定”的平等，后者指“要求立法者亦必须遵守宪法平等权，而且在违反平等权时，法律会因违宪而无效”。^① 因此，平等权包括立法平等和适用法律的平等已成为一种趋势。立法平等指立法者在制定法律的法律条款上必须给予所有的人以平等对待；法律适用的平等则指执法和司法中的平等，即在适用法律过程中，相同情况相同对待，不同情况区别对待，反对任何歧视性对待。如果没有立法上的平等，即使做到了适用法律上的平等，也仅仅实现的是一种实际上的不平等，因为其法律在前提上就是不平等的。

再次，平等权是绝对性和相对性的统一。绝对性主要表现在两个方面：一是权利主体享有和实施权利的可能性是绝对的——只要是法所规定的权利，一切符合该权利要件的主体，无论是否已经具备实现该权利的资源，或是否准备实现这一权利，他都享有这项法定权利且拥有将之变为现实的可能性；二是一般基本权利的享有是绝对的——对于那些在任何时候或任何条件下都不可剥夺的权利，如尊严权、人格权和精神自由等一般权利，权利主体之间无条件地绝对平等。相对性也表现在两个方面：一是现实权利的平等是相对的——法所确定的平等权是一种形式表达上的平等，而不就等于实际平等，或权利实现结果上的公平。究其原因在于，个体本身在能力（素质及其所拥有的实现权利的条件）上，以及社会对权利和义务及其保障在分配上存在差异；二是其他基本权利的享有是相对的——就是那些可以在一定条件下被限制或剥夺的权利（如人身自由、政治权利和政治自由、财产权等），以及因群体类别不同（如一般群体与特殊群体）而生的不同权利的享有而言，公民之间的平等是相对的。^② 古今中外几乎所有的思想家、法学家都承认平等权的相对性，但对平等权的绝对性有人持否定态度，认为平等权不可能是绝对的，只能是相对的。实际上平等权作为一种法定权利，任何权利主体都有资格、有可能将其实现，至于能否将其变为实际的权利，

① 航平：《试论宪法平等权保护——从美国 Romer V. Evans 案谈起》，<http://www.chinalawinfo.com/research/academy/details.asp?lid=4239>。

② 林喆：《平等权：法律上的一视同仁》，<http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/xxsb/546380.htm>。

则要取决于很多因素。因此，既不应一味强调平等权的绝对性，忽视主体本身的差异，也不应仅强调平等权的相对性，忽视其绝对性，而应把平等权的相对性和绝对性统一起来，这样才能正确把握平等权的确切含义。

总之，平等权的含义极为复杂，它的实现也需要多方面条件的配合，仅从法律保护的角度而言，它包括宪法、立法、行政和司法的保护，但由于篇幅所限，在这里仅探讨一下平等权的刑法保护。

二、平等权的刑事立法保护

前一个问题已涉猎到平等权包括立法上的平等和适用法律上的平等，而尤其是在刑事领域，由于过去突出强调法的阶级性，所以讲立法上的平等惟恐有抹杀法的阶级性之嫌，故而直到1997年修改刑法，也仅仅把平等作为刑事司法的原则。实际上，“任何法的适用，或执法、司法上的平等，都必须是以一定立法上的平等规定作为根据的”。^①立法上的平等或适用法律内容上的平等，是适用法律上平等的前提和根据，正像马克思所讲的，在立法者偏私的情况下，不可能有公正的法官。

从刑事立法的角度而言，主要是指国家立法机关在制定刑事法律规范时，受平等权拘束，对所有刑事犯罪主体平等定罪和平等地设定刑罚的种类和幅度。这就要求一方面要反对特权，另一方面要反对歧视，遵循相同或相似情况同等对待，以及合理的差别对待。

首先，坚持刑事立法中的平等权，就要反对特权，反对歧视。反对特权和反对歧视是一个事物的两个方面。一方面存在特权，另一方面就存在歧视。特权与歧视同样有害于平等，有害于人权，有害于人类的进步与文明，所以既要反对特权，也要反对歧视。^②但在现代刑事立法体系中，公开承认特权与歧视的极少。然而不得不承认，由于人们认识能力的局限，以及传统、习惯、文化等诸因素的影响，立法中存在特权也就在所难免。例如根据我国刑法第383条

① 卓泽渊著：《法的价值论》，法律出版社1999年版，第435页。

② 卓泽渊著：《法的价值论》，法律出版社1999年版，第429页。

的规定，构成贪污罪在一般情节的情况下，以数额是否达到 5000 元作为罪与非罪的界限；而同是侵犯财产的犯罪如盗窃罪，根据刑法第 264 条规定，盗窃数额较大或者多次盗窃的即构成盗窃罪。撇去多次盗窃不论，仅从盗窃数额较大来看，尽管刑法没有具体规定盗窃数额多少为数额较大，但最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中规定，在一般情节下，数额较大的标准为人民币 500 ~ 2000 元。各高级人民法院根据本地区的状况，在该数额幅度内，确定本地区的标准。不仅如此，刑法第 383 条第（三）项还规定：“……个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。”同是侵犯财产的犯罪，盗窃罪不仅量刑的起点比较低（与贪污罪相比，数额相差可达十倍），而且也没有犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻或者免于刑事处罚的规定。刑法之所以作如此之不同规定，难免让人联想到只不过是这两种犯罪的主体不同而已，一为国家工作人员，以及受国有单位委托管理、经营国有财产的人员，而盗窃罪仅为普通公民。这种因犯罪主体身份的不同而规定不同的量刑方式，是有违法律面前人人平等之法律精神的，在立法中必须尽量加以避免。

其次，坚持刑事立法中的平等权就要做到同等情况同等对待，不同情况区别对待。正如 1790 年 1 月 21 日法国制宪会议的法令中所宣布的：犯罪和刑法必须公平划一，不论犯罪者的等级身份如何，凡属同一种犯罪均处同一种刑罚。^① 因此，相同是平等的应有之义。正如博登海默所说，“相同的人和相同的情形必须得到相同的或至少是相似的待遇，只要这些人和这些情形按照普遍的正义标准在事实上是相同的或相似的”。^② 也就是说相同的行为在刑法上应当受到相同的评价和处置，而不能因为主体的身份、社会地位、财产状况、所有制的成份等的不同而区别对待。正如前文所指出的我国 1997 年刑法典虽较好地贯彻了平等权的要求，但因主体身份、所有制性质

① 陈兴良著：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 74 页。

② [美] E. 博登海默著：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 309 页。

的不同而规定不同的罪名，从而导致在量刑幅度上的差异确是仍然存在的。如贪污罪和职务侵占罪，这两种犯罪都是利用职务上的便利占有财产，只不过一种是非法占有国有财产，另一种是非法占有非国有公司、企业或者其他单位的财产，就规定了不同的罪名和不同的量刑幅度。贪污罪最高刑为死刑，9个量刑幅度，而职务侵占罪最高刑为15年有期徒刑，2个量刑幅度。刑法的这种规定显然不符合“同等情况同等对待的原则”，也不利于私有财产的保护，同时也会导致适用法律的严重不公。例如，2003年3月9日，深圳市宝安区人民法院开庭审理了沙井农村信用合作社主任邓宝驹及该社另两名工作人员麦伟平、陈锡球3人职务侵占、非法经营一案。据查明，邓宝驹等在不到两年的时间侵占了2亿多人民币。但因为信用合作社属于集体企业，所以只能以职务侵占罪来定罪量刑，最多也只能判处15年有期徒刑，而此案如果以贪污罪来定罪量刑，不仅可能被判处死刑，而且还要被并处没收财产。此案不得不使人联想到侵犯国有财产罪大，侵犯私有财产罪小。由此也可以看出我国刑法对公、私财产的不平等保护，实际上是侵犯了私有财产受法律平等保护的權利。笔者认为，犯罪人无论是何种身份，是国家工作人员，还是非国家工作人员，侵犯的客体也无论是公有财产还是私有财产，刑法都应平等对待，统一以“职务侵占”罪定罪量刑，这样犯罪人的平等权才能在刑事立法中得到平等的、一视同仁的保护，而不是歧视性、差别性对待。

再次，坚持刑事立法中的平等权，并不否认合理的差别对待。各国宪法和法律在规定平等权的同时，一般根据个人在自然的、生理的和社会的不同情况，作出了差别待遇的规定，这种规定的“目的在于弥补平等原则对不同的情况、不同的人不作区分的对待可能造成的事实上的不平等。人在生理的、生物的、社会的各方面存在着的差异，使得他们事实上存在着不平等。如果平等地对待他们，将会形成他们实际地位的不平等。而纠正这种由于客观存在的不平等的合理方式，就是根据他们的实际情况适当进行合理的区别。”^①

^① 周伟著：《宪法基本权利司法救济研究》，中国人民公安大学出版社2003年版，第81—82页。

当然，除了不同情况差别对待以外，相同情况不同对待和不同情况相同对待也是差别对待的具体形式，都需要有合理的理由。

在这里关键是判断作出这种差别对待是否有合理正当的理由？如果有正当的理由，差别对待就符合平等权的要求，否则就属于不合理的差别对待。那么判断是否合理的标准究竟是什么？德国学者提出立法者若未经理智的公益考量，对相同事物进行差别对待的立法，即构成“恣意”。^① 恣意是指规范本身对被规范的对象而言具有事实的与明显的不适当性。而在博登海默看来，“当立法者被禁止在其立法中进行不合理的分类时，这就在平等的阶梯上前进了一大步”。^② “当我们宣称不能将诸如种族、性别、宗教、民族背景和意识形态信念等因素作为立法分类的标准时，我们在迈向平等的道路上就又前进了许多。”^③ 并且他还指出，“历史上对什么的确构成而什么又不构成不合理的歧视的问题并不始终存在着一种普遍一致的看法”。^④ “给予人们平等与不平等的程度，往往是依客观的生产状况而定的、依基本上无法控制的社会现实状况而定的、依社会进化的一般状态而定的，以及依现有的认识和理解水平而定的。不断试错、反复实验、不断进展，便会影响和修正我们关于什么应当平等对待而什么不应当平等对待的观念。”^⑤ 我国台湾学者将差别是否合理的基准概括为：存在不利因素的事实状态、为了追求实质平等之正当目的、事项本质有必要予以差别对待、采取优先待遇的方式、程度，须为社会观念所能容许，同时不能因而出现逆差别待遇，形成另一种不平等。也有我国台湾学者概括为五个方面：立法目的、

① 周伟著：《宪法基本权利司法救济研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 83 页。

② [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第 308 页。

③ [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第 309 页。

④ [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第 312 页。

⑤ [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年修订版，第 313 - 314 页。

事物本质、禁止恣意、比例原则并综合宪法理念。^①我国国内学者认为：“合理差别除了需要合理的依据之外，还必须限定于合理的程度之内。”^②也有学者提出了差别对待是否合理的三个标准是：（1）区别必须是理性的、非任意的，即法律的区别对待应当有充足的理由，为了社会公共利益，而不是主观的，或为了个人或集团的私利；（2）区别对待的目的是为了降低由于能力等原因造成的社会不平等，弥补竞争带来的负效应，而不是相反；（3）区别的标准只能是智力、体力等自然因素，不能是种族、肤色、意识、宗教、阶级等因素。^③依我个人看来，刑事立法中的合理差别对待的理由表现在以下几个方面：

第一，存在不利因素的事实状态。如身心障碍者在刑事责任能力上属于弱势者。所以刑法第18条有关于精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任的规定；刑法第19条有关于又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚的规定等。显然在刑事立法中，给予此类人以法律上的优待，并不违背平等对待原则。

第二，为了国家和社会公共利益以及公民个人的合法权益免受不法侵害。如刑法中第20条、第21条有关在正当防卫、紧急避险情况下，不负刑事责任的规定等。

第三，主体负有某种法定义务、职责或拥有某种权力，即主体具有某种特殊身份。当主体依法负有某种法定职责或拥有某种权力时，不依法履行其法定义务、职责或不当、滥用其权力，造成恶劣后果，或以权谋私的，可构成某一特殊犯罪。如虐待罪、渎职罪或军人违反职责罪等。当然这种特殊犯罪决不是针对某个人或某件事的，而必须是针对某一类人或某一类事。

① 陈志全：“平等原则之合理差别基准”，台湾《法律评论》（第61卷），第9、10期合刊。陈新民著：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第674~680页。转引自朱应平著：《论平等权的宪法保护》，北京大学出版社2004年版，第179页。

② 许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社1999年版，第157页。

③ 周永坤、范忠信主编：《法理学》，南京大学出版社1994年版，第103页。转引自朱应平著：《论平等权的宪法保护》，北京大学出版社2004年版，第179-180页。

第四，必须是为了追求实质平等的正当目的。例如我国刑法中对少数民族特殊保护的规定。由于历史原因，少数民族地区到目前无论在经济上还是在教育、文化上，同汉族相比较，都仍然存在着较大的差异。这种事实上的差异状态，反映在犯罪产生的条件方面，则是抑制、预测犯罪的“社会化”因素较少、较弱，而诱发、刺激犯罪产生的消极因素较多、较强。^①正因为如此，在刑事立法中就应给予差别对待。首先在总则中规定刑法适用效力上，少数民族属于法律有特别规定情形，可以部分地不适用刑法规定。我国刑法第90条授权民族自治地方的人民代表大会有权对刑法适用作出变通或者补充的规定，当然这种变通或补充规定必须符合刑法的基本原则，且需报全国人民代表大会常务委员会批准施行；其次，刑法分则中有专门维护少数民族合法权益的单独罪行条款，包括第249条的煽动民族仇恨、民族歧视罪，第250条的出版歧视、侮辱少数民族作品罪，第251条的非法剥夺公民宗教信仰自由罪和侵犯少数民族风俗习惯罪。这种立法上的差别对待并不违反平等权，而恰恰是这一权利的特殊表现，因为在少数民族地区因民族习惯文化等的差异而实施的“犯罪行为”，可能在当时当地不具有社会危害性或社会危害性有所减弱，且实施刑法可能没有任何效果，故而应当尊重民族习惯和民族传统给予差别对待。如对实行“童婚”、“抢婚”、“走婚”的等，都可适当不对其定罪量刑。

总之，在刑事立法中要体现对平等权的保护，无论是犯罪的规定还是法定刑的设置，只能以行为的社会危害性及其程度为依据，而不能因行为主体的社会地位、政治身份等因素实行区别对待。遵循相同情况相同对待、不同情况区别对待，以及为了追求实质公正而进行必要的、合理的差别对待。对违反平等权的刑事立法应通过违宪审查制度加以纠正，当然这还有赖于我国法治的进一步健全。

^① 吴大华：“论‘两少一宽’刑事政策及刑法对少数民族的特殊保护”，载于志刚主编：《刑法问题与争鸣》（2004年第1辑），中国方正出版社2004年版，第129-130页。

三、平等权的刑事司法保护

平等权的刑事司法保护，即要坚持刑事司法中的平等，系指把刑事法律作为统一的尺度毫无例外地适用于一切实施犯罪行为的人，不因其民族、种族、性别、身份、宗教、文化、社会地位、财产状况等有所区别。这就“要求刑法的适用必须同种情况同种处理，不能因行为人社会地位高低、财富多寡等差别而出入人罪或者出入人刑。”^①如果说平等权的刑事立法保护追求的是一般平等，那么平等权的司法保护则追求的是个别平等。个别平等是在刑事立法所确立的一般平等的指引下，对个别人、个别案件的平等。从这个意义上说，刑事司法是将平等个别化。

在刑事法律活动中，之所以要强调个别平等，主要是因为刑事立法所确立的一般平等由于法律规范本身的局限性，在适用于个别案件时，并不能把一般平等“天然地”转化为个别平等，必须靠能动的司法活动。所以法律平等总是有缺憾的，在这种情况下，司法平等、公正就显得尤为重要。因为它具有个案处理的特点，能够在一定程度上弥补法律规范的抽象性、概括性、确定性可能损及法律平等之不足。

但是相对于刑事立法所面对的复杂现实，刑事司法所处理的具体案件更具有复杂性。因此，平等权的司法保护较之立法保护更为复杂和艰巨。平等权的一般保护能否转化为个别保护，有赖于有效能动的司法活动。笔者认为，在司法实践中，要实现个别平等，除了要严格遵循平等、公正的诉讼程序外，还应从我国刑事审判活动的实际出发，做到以下几点：

首先，重视判例在我国刑事审判中的作用。尽管我国不是判例法国家，不能像英美法系国家那样采取遵循先例的原则，但由于我国地域辽阔，全国有3000多个法院，再加上法官素质参差不齐，不可避免地造成法院之间定罪量刑上的不统一。一方面在罪与非罪、

^① 田宏杰：“信仰的塑造与精神的超越——中国刑法现代化的灵魂”，载高铭喧、赵秉志主编：《刑法论丛》（第5卷），法律出版社2002年版，第20页。