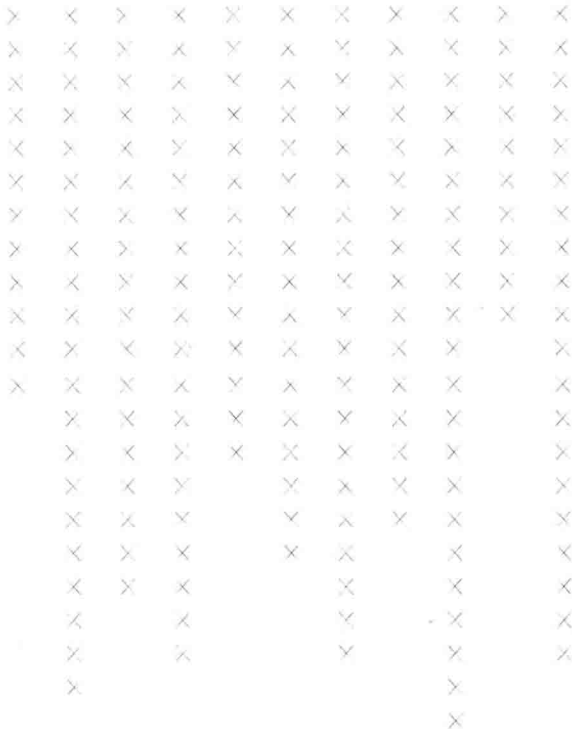


[illegible]

犯罪、社会化 及其预防论纲



于君刚 著



犯罪、社会化 及其预防论纲



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

犯罪、社会化及其预防论纲/于君刚著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 9

ISBN 978-7-5620-5647-8

I. ①犯… II. ①于… III. ①预防犯罪—研究—中国 IV. ①D917.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第221197号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadach@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 9
- 字 数 210 千字
- 版 次 2014 年 9 月第 1 版
- 印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷
- 定 价 32.00 元

目 录

第一章 犯罪与社会化	1
第一节 犯罪与社会化	2
第二节 社会化与犯罪的内在同一性	15
第三节 从社会化认识犯罪的路径	30
第四节 选择犯罪社会规范与执行的原则	45
第二章 违法性认识	61
第一节 违法性认识理论的产生及立法发展	62
第二节 违法性认识基本问题的梳理	72
第三节 违法性认识的内容	75
第四节 违法性认识的程度	80
第五节 违法性认识在犯罪论体系中的地位	84
第六节 违法性认识的判断	105
第三章 论结果无价值论	108
第一节 结果无价值论的纵向历史发展	110
第二节 结果无价值论的横向比较	116

第四章 未成年人刑事检察制度	125
第一节 未成年人刑事检察制度概述	125
第二节 国内外未成年人刑事检察制度概览	132
第三节 我国未成年人刑事检察制度的现状与不足	142
第四节 我国未成年人刑事检察制度的完善	153
第五章 重新犯罪及其预防	166
第一节 重新犯罪的概念及其价值和意义	166
第二节 重新犯罪的原因分析	172
第三节 预防和减少重新犯罪所做的探索及存在的 问题	186
第四节 预防和减少重新犯罪的对策	189
第六章 出狱人社会保护制度	202
第一节 出狱人社会保护制度概述	203
第二节 出狱人保护事业的发展	213
第三节 对我国出狱人保护事业现状的考察	225
第四节 改革我国出狱人保护制度的基本设想	235
第七章 风险社会的刑法转型	245
第一节 风险社会理论概述	246
第二节 风险社会中传统刑法的困境及转型	250
参考文献	273
后 记	279

第一章

犯罪与社会化

对于同样是犯罪的行为，为何不同的国家或社会共同体对待这样的罪行态度会有所不同，甚至连对待犯罪人的亲属也会有区别呢？无论是在国外，还是在国内，犯罪都是被这些社会共同体或国家法律规定为犯罪的，如果这样的犯罪人精神正常，而且实施犯罪时达到了负刑事责任的年龄，便都要承担刑罚的制裁，那为何这样的规定如此一致呢？这就是现在我们需要研究和讨论的犯罪与社会化问题。研究讨论犯罪与社会化，或许可以帮助我们解决这些疑问。研究讨论犯罪问题使我们可以看到每一个国家、地区、民族甚至部落，^{〔1〕}都会把某些同类的行为划入犯罪的范畴，并加以法律规定。研究、讨论社会化问题，可以知道为何有的法律把这种行为划入犯罪，有的则不将其不划入犯罪，甚至对待同一种行为（犯罪或不犯罪），态度各不相同甚至截然相反。这样的研究和讨论，最重要的意义是从犯罪的实质层面去分析、认识犯罪行为这种社会现象或事实，有利于澄清针对犯罪的一系列措施的合理性与合法性的认识，进而防止或尽力减少犯罪的发生，并形成一系列具有合理性的制定

〔1〕 在后文中，笔者统一将这些主体称为共同体，将这些组织里的个人称为个体。

相应的刑事法律和刑事政策措施的原则体系。

第一节 犯罪与社会化

一、“犯罪”的“是”与“在”

(一) 关于犯罪的概述

对于犯罪，我们首先需要解决什么是犯罪的问题。为了简化这一问题的回答，笔者首先把这一问题分为两个方面来回答：其一，如果一个社会或共同体已经制定了关于犯罪的法律或形成了相关的具有法律属性的习惯，那么，只要这个社会共同体中的成员违背了该种法律或习惯中关于禁止的行为规定——即规定社会共同体成员做了某种禁止的行为——犯罪，这一方面是关于犯罪的形式问题。其二，如果一个社会或共同体还没有制定关于什么行为是犯罪或者关于什么行为是犯罪的习惯正在形成过程中，那么这些共同体是依据什么力量或要求去把犯罪与不犯罪行为区别出来的呢？也就是通常所说的，用什么理由把这种或那种行为“入罪”或“出罪”呢？这一方面是关于犯罪的实质问题。笔者认为，对于第一个方面的问题，有关被称为形式的刑法理论和法律规定已经较为成熟，即在某一共同体里关于某种行为是否是犯罪的规定，关于这种行为的法律已经早于这种行为而存在了，只要按照法律规定加以适用即可解决。当然，这种依照法律加以适用即可解决的问题有时会变得复杂难辨。^{〔1〕}所以有关这一过程的形式刑事法律理论研究和司法适用实践也在不断地探索中。因此，现在对于犯罪的概念通说

〔1〕 在后文中，笔者把这种主观性归纳称为个体的自主性和创造性。

是：犯罪的形式概念是指从犯罪的法律特征上描述犯罪而形成的犯罪概念，也就是将犯罪表述为是触犯刑律、具有刑事违法性应受刑罚处罚的行为。^{〔1〕}犯罪的实质概念是从犯罪的社会内容上描述犯罪而形成的犯罪概念，也就是将犯罪表述为具有社会危害性的行为。^{〔2〕}

（二）关于犯罪的认识论方法

对于第一方面的问题，笔者认为现在较为成熟的理论是对犯罪行为或与犯罪行为有关的内容进行分类，然后将不同的分类进行研究，从而按照类型学原理，把某种行为区别鉴定出来。而刑事法律中也是按照这种分类分别制定不同的行为准则的，再根据不同的行为准则制定不同的刑罚标准。例如，可以从实施某种行为的人这一行为者来分类。①依年龄可以划分为未成年人与成年人两种犯罪；②从行为者的主观意识角度可分为故意和过失犯罪；③从生物学上行为者精神状态可以分为必需承担责任（刑罚）与不承担责任的犯罪。^{〔3〕}

从与犯罪行为有密切联系的内容来看，犯罪行为可以被区分为：财产犯罪、人身犯罪、暴力犯罪与非暴力犯罪、政治犯罪与非政治犯罪等等，然后根据这些类型从而适用法律进行判断，或者修订相应的法律。这些内容不是本书的要研究和讨论的范围，本书主要讨论关于犯罪的实质方面的问题，当然书中

〔1〕 例如1810年法国《刑法典》第1条规定：“法律以违警刑所处罚之犯罪，称为违警罪；法律以惩治刑所处罚之犯罪，称为轻罪；法律以身体刑所处罚之犯罪，称为重罪。”

〔2〕 例如1922年苏俄《刑法典》第6条规定：“威胁苏维埃制度基础及工农政权在向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为，都被认为是犯罪。”

〔3〕 对于这个问题，很多理论认为患有精神病的个体的行为根本不具有犯罪与否的问题，他所实施的任何行为都不是犯罪，所以讨论他的刑事责任承担问题是荒谬的，但并非不可以讨论他的其他责任问题。

有时也会涉及犯罪的某些形式问题。

在就某种行为犯罪与否的刑事法律没有制定出来或具有法律属性的行为习惯正在形成时，我们又该如何将这些行为划入到犯罪中去的呢？这是一个古老的法律问题，这个问题可以被追溯到原始人那里。从社会学的角度来看，在人类形成共同居住，共同生活，以相互的力量解决生存与繁衍时，就形成了人与人之间的关系。而人与人之间的关系是依靠具有自主性与创造性的行为来维系的，如果没有人的这种行为，那这种关系就只能停留在植物或动物之间的那种依靠遗传和本能的关系之中，像蜜蜂或蚂蚁的群体一样。这种传递相互信息和意向的自主性与创造性行为是一个不停发展的过程。这一过程中，人类还利用了诸如习惯、语言、符号等的媒介来延伸行为的方式，并以这种方式用来完成那些简单行为所不能完全承担的任务。社会共同体成员通过行为而使单个的人与人之间取得了在群体（共同体）行动上的一致，在一个共同体中，使单独的个体保持在共同体上一致的行为，或者说在共同的一系列行为中使个体之间在这一系列行动中保持协调一致。^{〔1〕}这种一致能完成单个的个体所不能完成的任务，这种任务是整个共同体生存和繁衍所必须完成的过程。就像蚂蚁或蜜蜂的群体社会，有的蜜蜂专职保卫工作、有的专职生育后代、有的职责是照顾和抚养它们的幼仔、有的专门寻找食物、加工食物等等，这让人们看到了微细的个体创造伟大的奇迹。生活在某一社会共同体中的个体与个体之间具有行动的协调和分工，其最初也同蜜蜂、蚂蚁之类群生动物一样，首要的功能与作用是解决人类的生存和繁衍问

〔1〕 这里所说的个体就是指具有生命体征的生物个体，共同体则指诸如国家联盟、国家、地区或民族等较大的社会组织，他们拥有自己相对独立的社会行动规范。

题。如果个体与个体之间不通过这种方式来组织共同体，则这一物种将会无法生存或繁衍而被淘汰，或者演化成其他种类而继续生存。

在人类共同体通过行为来联系而解决了生存和繁衍问题之后，就会碰到诸如解决食物分配、后代繁衍、如何提高个体与个体之间沟通的效率、共同体与其他共同体之间的共存与冲突等问题，笔者在此将这些问题称为社会性的人类问题。解决问题离不开共同体中每一个体的参与，因为每一个体的行为都会联系到其他个体的反应，这种反应不单纯是条件反射的，而是需要将这些行动的信息收纳进每一相对个体的头脑中经过加工处理后才能做出反应，这种加工处理是一个非常复杂难解的过程。人类发展至今，有关人脑对行为信息媒介是如何收纳处理和输出反应的问题，目前仍处在争论不休的状态。^{〔1〕}这些认识导致了对人类行为的不同解释。当个体在处理共同体其他个体做出的动作时，如果这个相对应的个体是通过经验与感觉的方式来分析处理这些信息而做出反应的，那个体就会像人们驯化某种动物一样，用同一种方式或行为不停地去影响或刺激这个动物个体。在实施一定次数后，这一动物个体会就在头脑中形成做某种动作的经验，等它再次碰到或接收到某种重复过的动作信息后，就会通过经验反应做出以前做过的某一动作，这时候它就达到了与某一动作的协调和配合。而另一些人则认识到，每一个体能做出动作上的协调配合，是与个体的头脑所具有的理性分不开。这种理性是如何具有的，相关认识也有分歧，有的认为是个体天生就具有的，有的认为是个体在成长过程中逐步具有的，这一认识能用人脑在抽象符号和逻辑推理上

〔1〕 这种争论如洛克的《人类理解论》所认可的凭借经验与感觉；而笛卡尔却在他的著作《论人》中认为这些是人天生的，属于理性。

具有的特征来加以证明。有的认为个体只有通过理性的对某一行为做出思考后做出的反应才是维系共同体个体与个体之间协调配合的必备条件，个体与个体之间没有通过理性思考而做出的行为是没有任何信息意义的。^{〔1〕}

（三）犯罪认识论上的“是”与“在”

犯罪认识论是法学方法论的一种，它们在哲学上都有所体现。在我国，关于哲学上的“是”与“在”，最初大家认为这只是翻译用词的问题，没有实质区别。

在后来，人们认识到它们存在实质区别。“是”的概念具有普遍性，而“在”的概念不具有普遍性。亚里士多德指出，被称为“是”的东西有四类：作为事物的属性；作为表语的那些词的类，即范畴；作为被判断为真和假的东西；作为现实的和潜在的东西。^{〔2〕}仅据以上四类，“是”者的范围就很广泛：它可以指实际存在的东西（事物的属性、现实的东西），也可以指并非实际存在的东西（潜在的东西），可以指作为真的判断和假的判断的东西，甚至还可以指语词的类。这可以表明“是”者是依“是”才是为所是的，而“是”的意义则是在“是”者方面得到显现的。

实际上，凡是我們感受得到、想象得到并能用语言表达的东西，都可以表示为“这是某者”的陈述，它们因而都是“是”者，都属于“是”的范围。所以“是”者可以指称一切东西，哪怕“无”这个概念也是一个“是”者，只要它是一个概念；又因为“是”包容一切，它甚至可以指称全能的“上

〔1〕 个人认为，这种观点影响了我们的形式犯罪构成要件说里所考虑的犯罪人的主观故意与过失这种理性思考。

〔2〕 〔古希腊〕亚里士多德：《形而上学》，吴寿彭译，商务印书馆1981年版，第93～94页。

帝”。简单来说，当人们问“是什么”时用“是”来表述，问“有什么”时用“在”来表述。显然“是”与“在”并非一回事。从词源来说“是”这个词原来就包含“在”的意思，但它比“在”的含义广；“是”有时也表达“在”的意思，但“在”却不能取代“是”，尤其在当“是”作为最普遍的概念时。在讨论犯罪问题时，从方法论的角度来说，就是在讨论“是”与“在”这一问题。比如形式的犯罪概念就是说“有什么”，而实质的犯罪概念就是说“是什么”。

（四）从社会的角度认识“犯罪”与“是”和“在”的关系

根据上文的论述，我们该如何把“是”与“在”与犯罪认识联系起来呢？笔者认为，继续讨论经验与理性在加工处理个体与个体之间行为而运用媒介的作用问题可能难以获得更大的意义。我们可以通过共同体对犯罪现象的现实反应和应对行为上来认识这一问题。试想，如果共同体中某一个体对整个共同体做出一个动作，当共同体其他个体接收到这一信息后，他们又是如何做出反应的呢？一种情况是他们对这一个个体的动作没有做出任何反应，这有可能是因为这个个体的动作没有被其他任何个体所接收，所以没有产生针对这一个个体的行动做出反应；一种情况是他们都会做出反应，即使这些个体的反应态度各不相同，至少可以表明这个个体的行为在共同体其他个体上产生了作用。^{〔1〕}所以对这种状态的继续研究，有利于解决我们对犯罪“是什么”这一问题的认识。当共同体中某一个体做出一个动作——无论是在他做这个动作之前或是在他完成动作之后，就他自己所做的动作的作用方式来看，无论是通过理性的作用

〔1〕 个体与个体间的行为反应是社会共同体得以形成的基本形式，共同体对个体的关系又通过社会化方式使个体得以被共同体包容。



还是经验的作用在他头脑中进行处理——他都会做出自己的一种反应。这种反应无论是相对于共同体或是具体的个体（包括他自己），都会使其继续做出下一个动作——除非他本身的动作使他无法通过理性的或经验的处理做出反应，也即通常所说的无意识。这个时候，针对个体行为产生的依据或目的，也可被用于认识犯罪行为。因为犯罪行为是共同体针对共同体中某些个体而言的，无论是整个共同体还是共同体中的个体或是某一个个体，当这些个体做出了有依据或有目的的行为后，通常就可以这些行为的目的或依据是否不利于共同体相互协调工作从而危害共同体生存或与繁衍目的相违背，或者针对某一个体的行为做出相反的动作作为根据，以由共同体中所有的个体、某一些个体或某一个体先做出的动作为标准来对其加以衡量。如果这些行为达到了预先所设定的界限，就可以判断这个个体的行为达到了犯罪或违法的尺度。^{〔1〕}在人类生存与繁衍的历史进程里，某些共同体无须考虑共同体中的个体无论是通过理性还是经验都无法对他本身的动作做出反应，而只要这种动作被共同体或其他个体所接收并做出了反应。这一个个体的无意识动作也会被他们收纳进确认犯罪与否的行为判断中去，就像西方历史上某些共同体对精神病患者做出犯罪判断一样，该个体会被判为犯罪而被共同体进行惩罚；还有另一种动作，即共同体个体针对自己所做出的动作，同样也被他们接收进犯罪行为判断之中去，就像历史上有的共同体把自杀行为也定为犯罪一样。其实，对这些问题的讨论今天仍然在继续，例如通常讨论的共同体中的个体能否选择实施“安乐死”。对于犯罪行为，我们至少可以首先得出这样的认识，即在某一共同体中，共同体成员为

〔1〕 这种犯罪或违法的研究和争论我们仍然在继续，认为犯罪具有的就是违法性，“法无明文规定不为罪”这一原则是最好的依据。

了生存和繁衍，通过个体的动作以及运用媒介（诸如符号、语言，某种自然现象等）来作为沟通的手段，如果某一个体做出了不利共同体或某些个体的动作（不论个体是否通过理性或经验、具有接收能力与否），只要那个动作被某一个体做出，则某些共同体成员就必须对该个体所做的这个动作承担共同体赋予的相应反应。而共同体赋予他们对于该动作的反应除了进行认识判定的反应外，还包括他们依据既定规则是否做出对那个动作作者的肉身进行限制或消灭。^{〔1〕}在此，笔者不再对经验或理性问题继续进行讨论，而只从个体的行为上去认识犯罪行为对共同体来说意味着什么，去认识为何犯罪会一直伴随着人类共同体而不可被消灭，从而认识人的个体自然性、自主性、创造性与社会共同体的社会性的关系。这些现象的同时出现，是共同体生存和繁衍的一种方式，即使今后人们不再设立犯罪的规范，人类共同体也会用其他的动作要求来对共同的反应做出某些限制，除非个体能进化或改变到能一个人生存和繁衍下去。

所以对犯罪行为存在的最直接的分析，必须要借助于个体与个体之间的这种不能脱离他们所在的共同体属性的联系，即这些个体拥有的自主性和创造性以及共同体的社会性通过社会化的相互作用所形成的社会事实或现状。不仅如此，我们还可以通过其认识相对于某些个体的共同体而言，为何不同历史时期，不同的共同体或是同一时期不同共同体对犯罪行为的认识各不相同，而对犯罪个体所实施的惩罚方式却又大体相同这样的现象。这种分析可以更有效率地解决共同体中个体之间的配

〔1〕 这种对肉身进行的限制或消灭，指无论是从地理上驱逐、直接把他的肉体消灭，或者采取较温和的方式，限制这个个体的肉身、不让他与其他共同体成员接触、限制一定时间不让他与其他成员接触这样的结果。这就是我们通常所说的“罪”与“罚”。

合协作效率问题，也可以解决这些因犯罪而受罚的个体如何被对待才更加合理，从而使其有利于共同体与个体的发展的问题，这些分析对制定相应的刑事法律和措施具有重要意义。

二、犯罪行为与社会化

（一）犯罪行为概述

犯罪行为通常是指那些危害社会、违反刑事法律，应受刑罚处罚的行为。根据当前通行的犯罪行为研究理论，某一行为需要具备一定的行为要素才能构成犯罪。行为的主体性涉及行为主体的问题，它揭示了行为是人的行为，将一定的行为归属于人，这是理解行为概念的基本前提。行为的具体表象，指身体动静，这是行为的体素。行为的自愿性，指主观意思，这是行为的心素。行为的实行性，是指作为罪体之行为具有实行行为的性质，是刑法分则所规定的构成要件的行为。作为是指表现为一定的身体动作的行动。作为是通常意义上的行为，论及行为时，首先指的就是作为。不作为是相对于作为而言的，指行为人负有实施某种积极行为的特定的法律义务，并且能够实行而不实行的行为。总的来说，犯罪行为构成要素包括：①犯罪时间。它包括两层含义：一是犯罪行为的起始时间和终止时间；二是犯罪活动的延缓时间。如果没有犯罪时间，犯罪行为自然无从发生。②犯罪空间。如果犯罪人实施犯罪行为的处所和范围没有空间，犯罪行为就无所依附，也无从实施。③人物。既包括犯罪行为的犯罪人，也包括犯罪行为所指向的人或物。④犯罪工具。它是犯罪分子达到犯罪目的所必需的物质媒介。

行为方式指犯罪人在实施犯罪的过程中的举止和动作，这是架在犯罪人同犯罪对象间的桥梁。犯罪行为方式包括暴力的、非暴力的；公开的、秘密的；流动的、相对固定的；大规模的、

零星的；长期延续的、一段时间的；共同结伙的、单独的；预谋的、偶发的；等等。

（二）社会化的定义

社会化就是由自然人到社会人的转变过程，每个人必须经过社会化才能使外在于自己的社会行为规范、准则内化为自己的行为标准，这是社会交往的基础。并且社会化是人类特有的行为，是只有在人类社会中才能实现的，所谓的狼孩、猪孩等就是没有经过社会化的结果。个体自身的社会化过程可以从家庭、学校的教育谈起，教育是社会化的主要途径。社会化是社会新成员的文化习得，包括习俗利益、语言、价值观念等方面。人们从一个社会转迁到另一个社会，并发生了重新的社会化，即为同化。那么，犯罪行为在个体与个体之间通过不能脱离他们而存在的自主性和创造性以及所在的共同体属性而产生联系的时候，个体的动作反应又是如何被其他个体所接收和处理的呢？那些刚一出生的个体有无这种能力？对于那些离出生时间很远的人来说，无论这种个体有无这种能力，难道只要他生活在这个共同体里，他就必须要为共同体承担这种无反应、无接收能力的责任吗？我们知道，天生愚型或有生理障碍的个体与正常个体在出生时的表现是一样的，在我们排除个体具有的动物性本能而去认识其具有的剩余属性时，明显只有人类共同体中的个体才会产生不同于其他动物群体的属性，我们叫它社会属性。这些社会属性是个体在共同相互作用下产生的，靠单一的个体生存是不能具有这些社会性属的。单一个体生存后反映出来的只是其他动物所具有的自然属性，这种现象我们可以通过很多实验和事实来寻得证明。虽然对这种现象的证明仍然有不小的争议，如人类理性和经验能力是人类个体天生就具有的还是在人类成长过程中才产生的，人类个体具有的多样性和创

造力是如何被经验和理性到的等。但我们仍然可以对个体与个体以及个体与共同体的联系方式进行研究和观察，通过这种研究和观察的结果来认识犯罪行为的社会属性和特征。

（三）犯罪行为与社会化的关系

排除那些我们现在还没有证据或科学事实作为依据的证明方式或手段，一些被反复检验过的事实可以支持我们对个体行为与社会共同体之间的社会化过程进行研究和讨论。就像前面我们讨论对待犯罪的行为一样，我们不问个体的某个行为是出自个体的本能欲望还是社会属性，不问其是否是在接收到行为信息后做出的反应、无意识做出的反应，或者做出反应之后自身对这种反应有无接收能力和辨别能力，只要其被个体所在的共同体其他成员接收并做出了反应，这种行为就有可能在罪与非罪之间进行判断和选择。从犯罪发展的历史过程来看，今天看到的诸如精神病人的行为，正常的个体选择自杀或者诸如对某些共同体假想的对象做出某些行为，无论个体是否具有正常生理器官、正常心智能力或社会属性，只要他们做出的行为被他所在的共同体接收并做出反应，他们就会被共同体的其他成员或机构认定为是犯罪行为或非犯罪行为，进而确定是否应对其实施惩罚，这种脱离社会化而做出的行为，^{〔1〕}或者做出那些行为的个体在自我不具有反应能力的条件下被其他共同体成员判定为犯罪并实施惩罚，在今天看来，这样的规范或惩罚是较野蛮的或非理性的，这种野蛮或非理性的判定和惩罚包括我们今天所谓的司法审判和肉体惩罚等手段和措施，对这些问题的探讨笔者留到最后一部分内容来进行。

〔1〕“社会化”是个体从自然属性的人到具有社会属性的人的转变过程。对个体的塑造存在个体因自身机能障碍而得不到社会化，这一无意识（即不能接收共同体中其他个人传递的信息）的状态。