

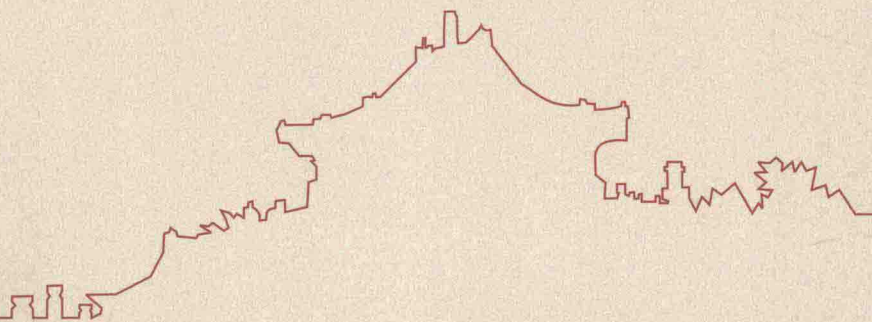
武汉大学优秀博士学位论文文库



积极一般预防理论研究

On the Theory of Positive General Prevention

陈金林 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

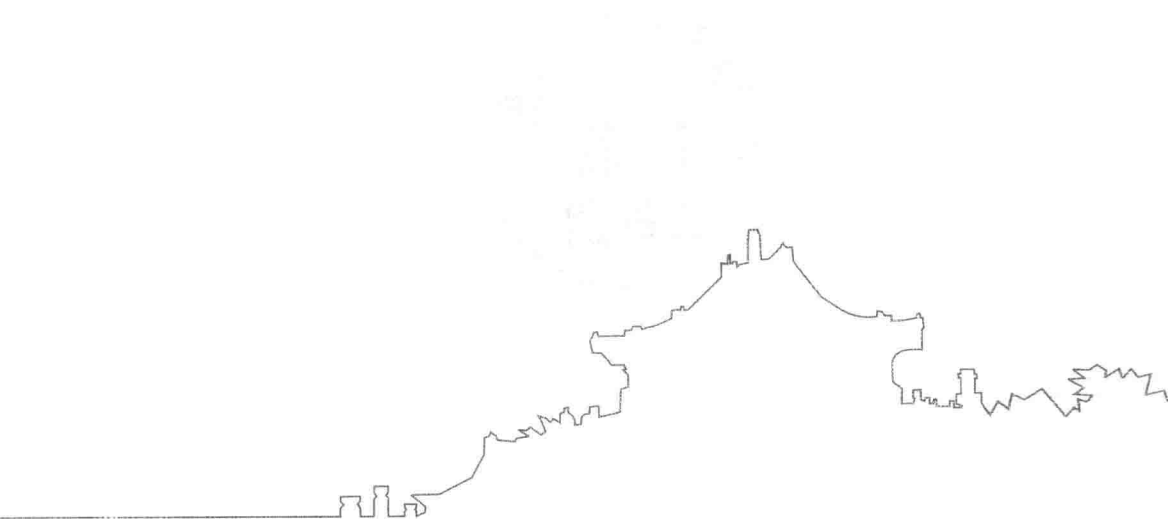
武汉大学优秀博士学位论文文库



积极一般预防理论研究

On the Theory of Positive General Prevention

陈金林 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

积极一般预防理论研究/陈金林著. —武汉: 武汉大学出版社, 2013. 12
武汉大学优秀博士学位论文文库
ISBN 978-7-307-12018-1

I. 积… II. 陈… III. 预防犯罪—研究—中国 IV. D917.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 264217 号



责任编辑:陈 帆 责任校对:汪欣怡 版式设计:马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本: 720×1000 1/16 印张:21.5 字数:304 千字 插页:1

版次:2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-12018-1 定价:45.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

武汉大学
优秀博士学位论文文库
编委会

主 任 李晓红

副主任 韩 进 舒红兵 李 斐

委 员 (按姓氏笔画为序)

马费成	邓大松	边 专	刘正猷	刘耀林
杜青钢	李义天	李建成	何光存	陈 化
陈传夫	陈柏超	冻国栋	易 帆	罗以澄
周 翔	周叶中	周创兵	顾海良	徐礼华
郭齐勇	郭德银	黄从新	龚健雅	谢丹阳

总 序

创新是一个民族进步的灵魂，也是中国未来发展的核心驱动力。研究生教育作为教育的最高层次，在培养创新人才中具有决定意义，是国家核心竞争力的重要支撑，是提升国家软实力的重要依托，也是国家综合国力和科学文化水平的重要标志。

武汉大学是一所崇尚学术、自由探索、追求卓越的大学。美丽的珞珈山水不仅可以诗意栖居，更可以陶冶性情、激发灵感。更为重要的是，这里名师荟萃、英才云集，一批又一批优秀学人在这里砥砺学术、传播真理、探索新知。一流的教育资源，先进的教育制度，为优秀博士学位论文的产生提供了肥沃的土壤和适宜的气候条件。

致力于建设高水平的研究型大学，武汉大学素来重视研究生培养，是我国首批成立有研究生院的大学之一，不仅为国家培育了一大批高层次拔尖创新人才，而且产出了一大批高水平科研成果。近年来，学校明确将“质量是生命线”和“创新是主旋律”作为指导研究生教育工作的基本方针，在稳定研究生教育规模的同时，不断推进和深化研究生教育教学改革，使学校的研究生教育质量和知名度不断提升。

博士研究生教育位于研究生教育的最顶端，博士研究生也是学校科学研究的重要力量。一大批优秀博士研究生，在他们学术创作最激情的时期，来到珞珈山下、东湖之滨。珞珈山的浑厚，奠定了他们学术研究的坚实基础；东湖水的灵动，激发了他们学术创新的无限灵感。在每一篇优秀博士学位论文的背后，都有博士研究生们刻苦钻研的身影，更有他们的导师的辛勤汗水。年轻的学者们，犹如在海边拾贝，面对知识与真理的浩瀚海洋，他们在导师的循循善

诱下，细心找寻着、收集着一片片靓丽的贝壳，最终把它们连成一串串闪闪夺目的项链。阳光下的汗水，是他们砥砺创新的注脚；面向太阳的远方，是他们奔跑的方向；导师们的悉心指点，则是他们最值得依赖的臂膀！

博士学位论文是博士生学习活动和研究工作的主要成果，也是学校研究生教育质量的凝结，具有很强的学术性、创造性、规范性和专业性。博士学位论文是一个学者特别是年轻学者踏进学术之门的标志，很多博士学位论文开辟了学术领域的新思想、新观念、新视阈和新境界。

据统计，近几年我校博士研究生所发表的高质量论文占全校高水平论文的一半以上。至今，武汉大学已经培育出 18 篇“全国百篇优秀博士学位论文”，还有数十篇论文获“全国百篇优秀博士学位论文提名奖”，数百篇论文被评为“湖北省优秀博士学位论文”。优秀博士结出的累累硕果，无疑应该为我们好好珍藏，装入思想的宝库，供后学者慢慢汲取其养分，吸收其精华。编辑出版优秀博士学位论文文库，即是这一工作的具体表现。这项工作既是一种文化积累，又能助推这批青年学者更快地成长，更可以为后来者提供一种可资借鉴的范式抑或努力的方向，以鼓励他们勤于学习，善于思考，勇于创新，争取产生数量更多、创新性更强的博士学位论文。

武汉大学即将迎来双甲华诞，学校编辑出版该文库，不仅仅是为百廿武大增光添彩，更重要的是，当岁月无声地滑过 120 个春秋，当我们正大踏步地迈向前方时，我们有必要回首来时路，我们有必要清晰地审视我们走过的每一个脚印。因为，铭记过去，才能开拓未来。武汉大学深厚的历史底蕴，不仅在于珞珈山的一草一木，也不仅仅在于屋檐上那一片片琉璃瓦，更在于珞珈山下的每一位学者和学生。而本文库收录的每一篇优秀博士学位论文，无疑又给珞珈山注入了新鲜的活力。不知不觉地，你看那珞珈山上的树木，仿佛又茂盛了许多！

李晓红

2013 年 10 月于武昌珞珈山

序 言

陈家林*

陈金林博士的博士论文《积极一般预防理论研究》即将出版，嘱我作序。作为该论文和书稿的第一位审读者，我觉得本书有突破、有创新、有特色，值得推介，故欣然领命。

积极一般预防理论产生的时间并不长。直到1979年，“积极一般预防”这一术语才正式诞生。但由于这种理论切合了时代的需求，所以在诞生之后迅速传播并很快在德国取得统治性地位，并进而影响到了其他国家和地区。21世纪初，我国学者开始了解和关注这一理论，陆续发表了一些相关的学术论文。当前学界以“刑法的公众认同”为标志的很有代表性的学术观点，也非常接近于积极一般预防理论。但总体而言，由于受到语言和资料等因素的限制，国内学术界对于积极一般预防理论的了解还非常零碎，借鉴和引用时也往往囿于一家之言，尚未出现系统研究积极一般预防理论的专著。就我的视野所及，本书应该是我国，至少是大陆地区第一本以丰富的德文文献为基础，深入梳理积极一般预防理论发展脉络和作用机理的专著，可以说在一定程度上填补了我国刑法学在这一领域内的研究空白。

在我看来，以积极一般预防理论作为博士论文选题具有很高的风险，因为这个话题存在“说不清、道不明”的危险。但作者陈金林博士没有因此而畏缩，相反，无论是在选题还是在对具体问题的处理上，作者都表现出了相当的勇气。对很多让人望而生畏的问

* 陈家林，武汉大学法学院教授，法学博士，博士生导师。

题，他都选择了直接面对。例如，对于积极一般预防与消极一般预防的区别，他认为积极一般预防理论超越了理性经济人的假设，其理论基础是恢复、巩固受到犯罪动摇的规范信赖，属于“积极”的刑罚运用；同时，他指出，积极一般预防理论具有更宽广的视野，并没有将视线局限在潜在的犯罪人身上，而是注重刑罚适用与民众之间的沟通效果，因此具备了宏观的属性，属于真正的“一般”预防理论。又如，面对一般预防的经验证实问题，本书也没有回避，它分析了此前证实模式的缺陷，并结合积极一般预防理论的“二重性”特征，指出其经验证实只能交给“人类社会生活的历史”来完成。对于这一外来理论在中国的贯彻和运用，金林博士也进行了诸多尝试和探讨。作为一名刚刚起步的研究者，能有这种直面问题的勇气，实属难得。借助这种勇于探索的精神，金林博士的这本专著拓展、加深了对积极一般预防理论的研究，是一部具有突破性的著作。

本书运用了大量的第一手资料，对积极一般预防理论的发展历史和现状进行了全面的梳理。作者理枝循干，将积极一般预防理论的演进置于社会现实、国家与社会学说以及刑法思想演变的背景之下加以考察，视角独特，具有很高的创新性。书中提出了不少有重要理论和实践价值的见解。例如，本书指出积极一般预防理论兼具规范和经验两方面的特征，其经验的一面在背后作宏观的引导，是宏观的、长期的、整体层面的属性；而规范的一面则是理论的表层特征，是微观的、个案的、短期的呈现形式；在此基础上，本书提出了积极一般预防理论的“双层结构”。在论及刑罚的质与量对积极的一般预防效果的影响时，本书精准而形象地指出，刑罚的质与量对积极一般预防的影响具有“阶段性”和“跳跃性”的特征。在积极一般预防理论的贯彻上，本书提出了“立法—政策—判例制度”这种宏观、中观、微观相结合的积极一般预防理论实现模式，等等。凡此种种，皆立意新颖、论证有力。

本书建立在大量外文文献的基础之上，广征博引、资料翔实，构思精密、逻辑严谨。但本书并不晦涩难懂，相反，其行文颇为流畅，用语形象生动，具有相当的可读性。书中有很多令人印象深刻

并闪耀着一定智慧光芒的用语，在此仅列数例：在论及积极一般预防不能停留在名称转换的阶段时，本书形象地写道：“名字叫‘猫咪’的老虎仍然是可能咬人的。”在分析规范属性、经验属性以及民众之间的关系时，本书提出了“积极一般预防理论的‘夹心饼干’模式”。在得出积极一般预防理论的经验证实只能靠宏观、长期、整体层面的制度运行来完成的结论后，本书总结道：“完美的刑罚制度是社会历史长河不断调整的结果，构成历史长河的民众是它的化妆师。”在描述自由刑痛苦的感知差异时，本书写出了如下文字：“在民众的眼里，监狱里度日如年的漫长折磨，更多是一个简单的数字，十年，二十年，日起日落，似乎就这么过了。个中滋味，只有真正在监狱内的人才有真切的感知。”刑法是一门严肃的学问，但严肃追求的目标是精准，而不是刻板。金林博士这种具有一定个人特色的行文风格，值得推荐。

金林是我本人指导的第一届刑法学硕士研究生，他为人朴实谦和、勤于思考、思维敏锐，对刑法研究抱有浓厚的兴趣。硕士毕业后他以优秀的成绩考入马克昌先生门下继续攻读博士学位。硕博期间，他勤修德语，获得马先生推荐和国家留学基金委资助，得以赴德国马克斯-普朗克外国刑法与比较刑法研究所进修学习。选择“积极一般预防理论研究”作为博士论文的选题是他出国前向马先生汇报并获得首肯的结果。留德期间，他广集资料、深入思考，为论文的写作打下了坚实的基础。斯时马先生已然病发住院，但仍专门与我谈到对金林的培养问题，并期待他能拿出一部高水平的博士学位论文。可惜天不遂人意，在金林归国前马先生溘然长逝，再也无法亲自审阅修改金林的这篇论文，这对于金林而言是难以弥补的终生憾事。马先生去世后，我遵照学校的安排，接手了金林博士毕业论文的指导工作，能够真切地感受到他化悲痛为力量的决心和严谨认真写好论文的行动。论文几经斟酌定稿提交后，被评阅专家和答辩专家评为优秀论文，此后更被中国刑法学研究会评选为首届“全国刑法学优秀博士论文”一等奖，这都可视为对金林博士努力的肯定和勉励。答辩之后，金林博士又根据评阅和答辩专家的意见，在一年多的时间里对论文做了进一步的充实和完善，终于形成

了目前这本专著。

毋庸讳言，作为学界新人初次撰写的大部头著作，本书在部分观点的具体化、可操作化上还需进一步努力，某些观点的论证尚待商榷。但瑕不掩瑜，总体而言，我认为本书是一部富于创新、勇于开拓的高质量学术专著。我为陈金林博士取得的成绩感到高兴，也希望他能够再接再厉，在今后的学术研究中有更多建树。在本书行将出版之际，特缀数语，是为序。

陈家林

2013年10月于武汉大学

摘 要

20 世纪后半叶，风险社会的特征开始全面显现，社会呈现出多元化和碎片化的特征，社会控制与整合面临着新的危机。为应对这种危机，国家学说开始新一轮的限权与放权的调和，由此催生了一种折中的国家理论，即要求在特定领域扩大权力的干预力度，在其他领域则主张继续限权，同时提倡以协商民主等形式促进权力运用与民众之间的沟通。社会学理论也作出了自己的回应，开始寻求人文主义与实证主义之间的融合，并形成了卢曼的系统论、符号互动理论等重要社会学成果。与此相适应，刑法理论领域也出现了新的发展趋势，一种更具宏观和包容视野的研究思路呼声渐高。在这种社会现实和宏观理论背景之下，刑罚理论告别了积极的特殊预防理论，开始在消极一般预防理论和报应理论之间的中间地带寻找新的突破口。这就是积极一般预防理论胎动时期的大背景。（第一章第一节）不过，在此之前的一百多年中，曾出现过不少与今天的积极一般预防理论类似的理论碎片。“二战”过后，传统的威慑一般预防理论衍生出了积极的一面，并形成了融消极因素与积极因素于一体的一般预防理论；同时，刑法的道德伦理意义继续得到强化。20 世纪 70 年代末，经过长期孕育的积极一般预防理论终于诞生，并迅速在德国取得了统治性的地位。（第一章第二节）

积极一般预防理论的实质内容是通过刑罚获得、维持与强化民众对规范的信赖，在一个犯罪普遍存在的社会里，它主张通过刑罚的适用安抚被犯罪侵扰的社会心理。（第二章第一节）积极一般预防理论积极地运用刑罚，适用刑罚时将民众价值置于至高无上的位置，体现出了“积极”的特征；它以宏观的视角观察犯罪的意义，在宏观层面观察刑罚的效果，是一种“一般”层面的理论；它的

宗旨在于维护社会重要规范的效力，以此预防犯罪并实现社会控制。（第二章第二节）它是一种刑罚理论，但它坚持以法益保护原则为导向，它以实质的公正观念为基础，在民众价值的基础上追求经验效果。它是一种综合性的理论，将经验与规范层面的内容融为一体，同时它是一种开放的观念，为其他经验与理论成果的介入提供了空间。（第二章第三、第四节）

积极一般预防理论具有规范性的一面，但它也暗含经验性的内在追求，由此构成了积极一般预防理论的“双层结构”，“民众”作为黏合剂调和了经验与规范的成分，扮演着双层结构之间的“夹心”。积极一般预防理论经验的一面具有宏观性、长期性和整体性的特征，因此积极一般预防理论很难通过自然科学实验的方式加以证明，但历史事实和人类社会生活本身已经印证了积极一般预防的经验有效性。积极一般预防理论不会直接与责任原则相冲突，相反，它逐渐与责任原则走向了融合。积极一般预防理论并不以侵犯人类尊严为前提，与它相伴随的侵犯人类尊严的危险可以通过对它的正确理解和妥当的外部限制进行控制。（第三章）

积极一般预防理论以民众对规范的信赖作为理论的核心，因而它在整体上主张刑罚的适用必须回应民众的价值。影响积极一般预防必要性程度的因素包括法益的侵害程度及其整体维护状况、规范违反的频率、犯罪行为的实施与追诉难度。积极一般预防的效果受惩罚的概率、刑罚的质与量、民众对刑罚的感知程度等因素的影响。与民众对刑罚的感知特点相适应，惩罚概率对积极一般预防影响强度最高；刑罚的质与量对积极一般预防效果的影响具有阶段性和跳跃性的特征。（第四章）

积极一般预防理论可以也应当贯彻在法律实践之中，它能影响罪与非罪的立法或司法判断、刑罚的质与量的法定或裁量，也能在刑罚执行阶段起作用。罪与非罪的立法选择、法定刑的设置是积极一般预防理论起统治作用的领域。通过刑事政策或公共政策的形式，它也能作用于司法领域与刑罚执行领域；但为了防止侵犯个人尊严，它不直接对个案起作用，指导个案裁判的应当是合比例原则。根据它的作用形式与法律实践的特征，可以构造“立法——

政策——判例制度”这种宏观、中观与微观三层面的模式，以确定积极一般预防理论的地位和作用形式。在刑罚执行领域，它也能提供宏观或中观的指导；根据积极一般预防的原理，当前刑罚执行的民众感知度亟待提升。（第五章）

关键词：积极一般预防理论；规范信赖；责任原则；刑罚的种类与幅度；民众对刑罚的感知度

Abstract

In the second half of the 20th century, the world began to take on the look of risk society. Multiplication and fragmentation became the new characteristic of the age. And the risk of social control and integration came into appearance. In order to confront the risk, the theories of state tried to seek for new compromise between controlling and restricting of power. And this led to an eclectic answer that the power should be enhanced in some areas, otherwise it should be strictly restricted. At the meantime, the communication between the use of power and the demos should be intensified through modern forms, such as deliberative democracy. The sociology also reacted to the reality of the society. It sought to inoculate the humanistic approaches and positive approaches. And it resulted in the Systems Theory of Luhmann and symbolic interactionism. Accordingly, there came new tendencies of criminal theory. Approaches with macro and comprehensive perspectives became dominant. Under the backgrounds of social reality and theories, the theory of punishment departed itself from the theory of resocialization. It started on a new point between the theory of general deterrence and the theory of retribution. This is the background of the gestation of the positive general prevention. However, some of the fragments of this theory existed even more than 100 years ago. After World War II, there came to be positive aspects from the negative general prevention. And then it came into a general prevention theory blended with positive and negative aspects. At the same time, the theory of criminal law became more and more connected with ethics. At the end of 1970s, after a long

process of gestation, the theory of positive general prevention came into existence finally. And it dominated the area soon after its birth.

(Chapter 1)

The essential content of the theory of positive general prevention is to obtain, maintain and strengthen the belief of the demos on the social norms. In a world with crimes, it insists to appease the found of the belief of the demos on the norms. It utilizes the punishment positively. The values of the demos play a very important role in the process of punishment. It observes crimes with macro perspectives and aims to maintain the effectiveness of norms. Thus, it is a genuinely “general” theory. As a theory of punishment, it is subject to the purpose of the protection of legal interests. It bases itself on the essential concept of equity, and seeks to the empirical effects on the foundation of the values of the demos. It is an all-around theory, which contains both the empirical and normative factors. It is an open theory, which leaves space for other practical or theoretical conclusions. **(Chapter 2)**

The theory of positive general prevention is a normative theory, but it also contains empirical demand. In this way formed the duality of the theory of positive general prevention. With the role of the demos, which combine the two layers together, it comes to the “Sandwich-Model”. Therefore it is very difficult to approve it empirically. But some historical incidents and the history of social life itself have persuasively proved its validity. The theory doesn’t offend the principle of guiltiness. On the contrary, it comes into amalgamation with the concept of guiltiness. It doesn’t base itself on the violation of the dignity of human beings. The dangers companying with it can be deleted through the accurate understanding of itself and the proper application of external controlling system. **(Chapter 3)**

The theory of general prevention takes the belief of demos on the norms as its essence. Therefore it insists macroscopically that the application of the punishment should react to the basic values of the

demos. The factors, which affect the necessity and the effect of positive general prevention, consist of the quality and degree of the violation against the legal interests, the frequency of violation and the difficulty of the implement and prosecuting of the crime. The effect of the positive general prevention is affected by the possibility of punishment, the art and quantity of penalty and the apperceiving degree of the demos about the criminal punishment. The effect is mostly affected by the frequency of the punishment. On the contrary, the effect of the art and degree of penalty is phasic and not so strong. (**Chapter 4**)

The theory of positive general prevention can and should be put into practice. It can be taken as the principle of criminalization and decriminalization, of the prescribing and judging of the art and quantity of penalty, and of the enforcement of penalty. It domains the area of legislation. It can also play very important role by means of criminal policy or public policy on the phase of justice and enforcement of penalty. However, in order to protect the dignity of concrete defendant, it should not be directly used in the concrete judgment. Through the construction of macro-middle-micro view, the status and value of the theory can be properly understood. In the process of enforcement, the apperceiving degree of the demos about the criminal punishment should be specially emphasized. (**Chapter 5**)

Keywords: the theory of positive general prevention; the belief of the demos on the norms; the principle of guiltiness; the art and degree of punishment; the apperceiving degree of the demos about the criminal punishment

目 录

引 言	1
第一章 积极一般预防理论的历史发展	5
第一节 积极一般预防理论产生的背景	5
一、社会现实背景	5
二、宏观理论背景	11
三、微观理论背景	36
第二节 积极一般预防理论的演进	50
一、作为萌芽形态的思想碎片	50
二、积极一般预防理论的提出	60
三、积极一般预防理论的发展现状	77
第二章 积极一般预防理论的概念	95
第一节 积极一般预防理论的界定	95
一、实质内容	95
二、名称的选择	100
三、积极一般预防理论的定义	105
第二节 积极一般预防理论的特征	105
一、一种“积极”的理论	106
二、一种“一般”层面的理论	113
三、一种面向“规范”的理论	117
四、一种“预防”理论	121
第三节 积极一般预防与相关范畴的关系	124
一、积极一般预防与刑法的目的	124