



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

论文精粹

王雪梅：从人权视角看刑法平等原则

admin 发表于： 2008-12-21 21:40 点击： 615

平等是一种信条，[1] 也是一个非常复杂的概念，对平等的追求是人类基于公正的朴素理念的自然冲动。在本体论意义上，平等是一种作为个体的人认识到自己与他人的共同性之后激发的本能性需要。平等的基本含义可以表述为：

“同样情况同样对待”、“不同情况不同对待”[2] 但是，平等不等于平均，也不要求绝对相同，对实质平等的持续努力使得平等对现实的差异具有了一定的包容性。刑法平等是法律面前人人平等的法治原则在刑法中的体现。我们说这是一种自然冲动或体现并不是说这是一种存在状态或事实，恰恰相反，我们确认或体认刑法平等只表示一种价值观念，表明根据道德经验判断，刑法应该是平等的。因此，这里不能用诸如刑法的平等符合“最大多数人的最大幸福”等功利主义的命题加以论证或说明，而更多地关怀这种道德诉求的终极价值——人的自然本性，一种启蒙主义思想家们所强调的具有自然人权的形而上学的品质。也只有这种具有先验的形而上学品质的概念，才具备改造和批判现实法律制度的功能和力量。[3] 本文拟从刑法平等的现实考察，刑法平等的内容和立法确认，刑法平等的司法体认和人权保障机能的实现三个方面展开。

一、刑法平等的现实考察

平等、公正、自由这些人的自然本性使然的价值理念具有某种天然的联系。平等是公正的必然要求，意味着“同样情况同样对待”和“不同情况不同对待”。平等又是自由得以证成和实现的前提条件。所有的等级理论、种姓制度的背后都隐含着共同的命题：人们之间的自由意志能力和水平是不同的。要实现人人平等，就必须承认每一个人的完整的自由意志，也就是一个人根据自己的不受干涉的推理能力，对自己的行为进行选择的能力。[4] 所以，平等是人对自我认识的肯定。人人都具有相同的道德价值。所有的人，因为是人，所以平等，从这个意义上说，平等也是一项权利。有论者从政治学角度考察了平等的内涵，认为平等的含义一是指人们在确立、实现自己法律权利、义务过程中的地位（权力或机会）平等。是人们在法律制定、执行、适用的全部过程中的地位平等，是实质意义上的平等。这种平等必须以人们在现实生活中的经济、社会地位的真正平等为完全实现的前提，是人类社会存在的理想状态和永恒的目标。二是任何人依法享有的相同权利都应该受到同样的保护，任何人违反自己所承担的法律义务都应该同样受到制裁。这是一种以承认现实中人与人之间在实质不平等为前提的平等，是以法律手段来确认、保护、实现生活中那些作为历史发展必然要求的以实质不平等为内容的平等。政治法律发展史揭示，人类不断地将实质平等的理想状态转化为法律所维护的平等的现实，在法律所维护的现实中不断地增加、扩大实质平等的内容。[5] 平等的确是一个复杂的概念，人们可以在不同的意义上谈论平等，如基于身份地位的平等、基于能力的平等、基于性别的平等，还有“结果平等”、“实际平等”等等。所以，有人认为，在现实的多样性的物质世界中，各种平等不能同时得到满足，“实现一种意义的平等，往往同时意味着另一种意义上的不平等；从一个方面反歧视，常常同时就形成了另一个方面的歧视。”[6] 但是，如果对所谓的各种意义的平等作一番推敲，可以看到，有人把形式平等和实质平等混为一谈了，比如，所谓男女自然差别造成的权利享有方面的实际差别，所谓为消除这种差别而造成对男人的实际的歧视，都是形式上的不平等，而不是什么实质意义上的。从人性的角度来看，男女的天然差别是非本质差别。男女作为人来说在本质上是没有任何差别的，只有人和动物才存在本质的差别。因此，反对现实社会所存在的各种歧视和不平等是有自然基础的，这种自然基础就是承认道德上的人人平等，道德平等即为我们在此谈论的平等原则的道德基础。

需要强调的是，这里所说的平等是指在特定文化背景下的价值判断，不涉及自然法理论中的超验的绝对平等概念。

法律平等更是如此，平等是成熟法阶段的信条，“成熟法的平等思想有两个基本点：法律规则的平等适用和人们履行其意志与处分其财产的机会平等。”[7]“法律平等是对政治平等的一种确认，不能离开政治社会结构讨论法律平等问题。”[8]封建社会，存在着不同的阶级或阶层，人们根据阶级或阶层的不同身份或地位是王族、贵族、神父、平民、农奴等来享有权利和承担义务，基本没有平等可言，即便有也只能是特定阶级或阶层内部的有限的平等。有论者将这种有限的平等称为有区别的平等，并将这种有区别的平等对待归纳为四种情形：（1）否定一部分人的权利而给予另一部分人；（2）否定一些人的权利而给予其他的人；（3）强加给一部分人的责任而不及于另一部分人；（4）强加给一部分人的责任而不给予其他人同样重的责任。[9]尽管如此，基于公正的理由人类始终在追求着平等的理想状态，并不断推动着历史的进步。平等作为抽象的一般的人之间的平等、作为一种法律权利意义上的平等被认知和对待是近代资产阶级革命的产物。自资产阶级启蒙运动之后，西方政治法律思想家用“天赋人权”、“人人生而平等”、“人人生而自由”等主张，赋予平等概念以人与人之间应该具有相同的社会政治法律地位的内涵。近代启蒙运动将政治平等向法律平等转化。平等原则最初主要是用来反对封建世袭等级特权制度的，经过资产阶级启蒙思想家洛克、卢梭等人的倡导，公民在法律面前人人平等原则发展成为一项法治原则，并最早在美国《独立宣言》得以体现，又得到法国《人权宣言》的确认，之后，这项原则被载入多国宪法并成为一项宪法原则。在启蒙思想的影响下，贝卡里亚明确提出了刑法的平等性，并将刑法平等的评判标准统一于犯罪的社会危害性，确立了平等的客观标准。同时，还提出了平等的相对性，指出刑罚的平等只能是表面上的，实际上则是因人而异的。[10]在立法上，1790年法国制宪议会的法令首次宣布：犯罪和刑罚必须公平划一，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。现代之后，各种阶级或阶层不断分化、瓦解、融合，世界渐趋一体化和国际化，平等的适用有了更加广阔的空间。平等原则经过《世界人权宣言》等国际公约的确认，又发展成为一项重要的国际人权原则。平等往往与人格尊严相联系，是自由、正义与和平的基础。这一思想在《世界人权宣言》、《消除一切形式种族歧视国际公约》等国际文件中一再得到重申，也在我国刑法中得到确认，平等与罪刑法定、罪刑均衡一同构成我国刑法的三大基本原则。

当然，人类追求实质平等并不是说实质平等比形式平等更重要，实际上，形式平等是实现平等的不可或缺的要素，我们对平等的理性追求首先也是通过形式平等所表现。日本学者大名贺须指出：“平等作为近代民主政治的理念并不是实质上的，而是形式上的。”[11]刑法平等同样涉及实质平等和形式平等问题。需要说明的是，这里所说的刑法的实质平等和形式平等与有的论者所说的实体平等和程序平等不是一一对应的概念，[12]一般来说，通过法律条文体现出来的平等大多表现为形式上的平等，而刑法的实质平等是指隐含在刑法规范背后的隐隐约约的一种冲动，这也并不意味着，刑法的实质平等是不可知的，而是说刑法的实质平等是存在于刑事立法者和司法者心中的，通过立法和司法活动表现出来的一种理念、信仰，一种试图使刑事立法和司法不断趋于公正的追求。但是，由于不存在实质平等所要求的基础——“没有差别”，所以，完善的立法并不能反映现实的平等，不论是历史中还是现实生活中，不平等的现象随处可见。例如，在美国历史上，曾基于人种的、宗教的和政治见解不同，而对其公民以不合法的和非理性对待的情形。1954年在著名的Brown v. Board of Education 一案中，美国最高法院首次判定了基于种族的原因而不能进入公立学校受教育的隔离，是宪法“平等对待”原则所不允许的，从那以后，在美国首次实现了教育上的种族平等。再如，2002年初，清华大学学生刘海洋先后两次用火碱、硫酸将北京动物园的五只熊烧伤，致使其中一头黑熊双目失明。次年，法院判决刘海洋犯故意毁坏财物罪，但免于刑事处罚。对此，有学者认为法院的判决结果是一种刑法适用中的隐性不平等，是基于犯罪人的特殊身份而可能造成的一种特殊优待，造成了对罪行平等原则的破坏和刑事法治的冲击。[13]另外，在我国的刑事立法中还存在违背“公职人员犯罪从重处罚原则”的规定。[14]可见，追求平等的斗争并不是一件容易的事情，不仅要在法律上的确认平等，这是平等的起码要求也是实现平等的关键步骤，而且，最重要的还要有平等观念的接受，是越来越多的人追求平等，使平等的观念越来越成为我们所生存的世界的一种精神风貌。因此，无论多么完美的法律或者制度设计都只能是形式上的，而不是真正意义上的实质平等。

从消极的方面看，平等不仅意味着消除特权，还意味着没有歧视，但其内涵又不完全等同于非歧视。从内涵上来说，平等保护比非歧视更加的周延，也更加的积极。同时，就像差别不等于歧视一样，平等也不是等同，平等并不否定社会分工和社会权威，因此，不是与公正毫不相干的平均主义，而是有形式差别的“公平对待”。尽管根据平等原则，任何差别都是不允许的，但是，平等并不意味着否定差别，这种差别对待并没有破坏平等的价值意义。关于差别原则的合理性，罗尔斯已经做出了精辟的论证。[15]刑法平等也不否定对犯罪人或被害人的个人情况而在刑法适用上有所区别，但是，这种区别对待一般情况下应当以法律明确规定为前提。例如，根据法律规定，考虑到社会危害性和人身危险性，对累犯、主犯的从重处罚，而对未成年犯、中止犯、从犯、自首犯、有立功表现的犯罪人的从宽处罚。体现刑法人道价值，对犯罪时不满18周岁和审判时怀孕的妇女不适用死刑规定，以及对于又聋又哑的人或者盲人犯罪的规定，都是在法律规定范围内的区别对待。法律上有规定的，区别对待就是符合刑法平等原则的。即便没有刑法的明文规定，也

应当根据刑事立法精神，考虑犯罪行为对社会危害程度和行为人的自身危险性，适用酌定情节因素不同而做出不同的量刑。这些立法上的区别对待以及根据刑事立法精神是由酌定情节做出的不同量刑体现出刑事法律人对实质平等的执著追求。

二、刑法平等的内容和立法确认

刑法平等不像罪法定原则那样以追求个人自由为其价值内容，平等本身既是其目的，平等所包含的内容正是这一原则所蕴含的价值内容。对刑法平等内容的探求，其实质就是对是否要制定一部平等刑法的必要性的追求。

（一）刑法平等的内容

所谓刑法的原则，是刑法的创制与适用的准则。关于何谓刑法的基本原则，有多种不同的论述，概括起来大致下面这些特征：独别性，普遍性和可普遍化，规约性，纲领性，融贯性，号令性，抽象性和稳定性。[16] 对于刑法平等的性质、含义和内容也存在各种不同的观点，据笔者所掌握资料，大致归纳如下：

1. 刑法面前人人平等原则不适宜作为刑法的基本原则。理由是：（1）和部门法基本原则确认的独别性标准相矛盾；（2）和部门法基本原则的司法性要求不契合；（3）和其他刑法基本原则的价值取向不协调。[17]

2. 刑法适用平等只是适用法律的平等，即司法平等，而不包括立法平等。立法上是否平等并不影响司法上平等。[18]

3. 罪平等原则或刑法平等原则具有两方面的内容，立法上的平等和司法上的平等，这两方面的内容相辅相成，缺一不可。没有立法上的平等，司法平等就根本没有存在的前提，没有司法的切实贯彻执行，立法平等只能形同虚设。[19]

其中第二种观点是在学界中较为流行而占主导地位的观点。但笔者则是站在第三种观点的立场上看待刑法平等原则的。

就刑法平等的价值内容而言，刑法平等一方面表现在，平等地保护刑事法律关系当事人的权益；另一方面表现在，平等地制裁犯罪，排斥特权和歧视。从权利保护的意义上看，平等涉及机会平等、待遇平等和基本需求平等。因此，我们也可以说，平等首先是一项道德原则，即便我们在平等前面冠以刑法的字样，也改变不了平等的本质。作为一种政治法律要求，平等首先是人类特有的基本需求的反映，是作为个体的人认识到自己同他人的共同性之后激发的一种本能性需要。一个人必须认同自己所属的社会群体，并与自己所属群体的其他成员一样平等地认同、分享自己所属群体的基本价值，这种“归属需要”就成了人类及其个体要求“平等”的内在动力。[20]

从刑法价值论的角度看，刑法中的平等既是一种立法理念，又是实在刑法的补充，是可以用来解释刑法价值的内容。刑法平等较之罪法定和罪行均衡更明显地体现刑法的价值取向，体现刑法的人权保障机能。要实现刑法中人人平等的权利，就要确保犯罪主体具有平等的道德地位以及起码的形式平等，这两个方面也正体现了平等权的要义，一方面，主体平等是平等权的实现前提。如果主体被先在性地做了不平等的划分，那么，任何平等权利的形式都会导致不平等的结果，也就是说，所有平等权利均会丧失其价值。另一方面，形式平等是平等权的理性所系。离开了形式平等而言平等，平等权就有可能成为空话。形式平等的核心理论有“起点平等”和“同等情况同样对待”两部分组成。[21] 在平等地制裁犯罪方面，首先意味着定罪、量刑和行刑都得遵循同一个标准——刑法，反对特权和歧视。特权和歧视往往代表对于两种不同社会群体的生存状态的态度，因此，反对特权和歧视体现了刑法平等原则背后的道德价值意蕴。只有反对特权和歧视，才能实现刑法平等，甚至可以说，平等的实现程度直接取决于反对特权和消除歧视的进程。

正如前文所述，刑法平等也指法律待遇平等，包括两方面的含义：一是对不同身份的人应处以相同之刑；二是对犯同一之罪的人应当处以相同之刑。前者是身份上的平等，较易实行；后者是待遇上的平等，涉及平等是以犯罪的客观危害还是主观感受为标准等一些较为复杂的问题。[22] 当然，这里的身份与刑法当中对特定身份在定罪、量刑和行刑方面的特殊规定中的身份是不同的概念，例如，我国刑法规定对累犯的从重处罚，对自首、立功以及未成年等犯罪人的从宽规定。刑法还可以授予某些特殊身份的人某种特别的权利，或者不授予某些人以特定权利，比如，警察比之一般公民

拥有更广泛的防卫权，而负有特定责任的人无权为了避免本人危险而不履行相应的职务。可见，如前文所述，刑法平等并不排斥区别对待，如此一来，对同一种犯罪完全可以有不同的处罚结果。立法上有些体现追求实质平等的区别对待的规定，并不是对形式平等的反动，而仍然是在承认了刑事主体存在差异的情况下的区别对待，体现了形式平等的基本特征。这种不同情况不同对待应当是平等原则题中应有之义，反映出刑法对实质平等的体认和追求。因此，刑法平等应当是形式平等和实质平等的统一，唯其如此，才能真正体现刑法公正的价值意蕴。刑事义务中就有根据公民的不同身份进行特别分配的情形。例如，国家公务人员的特殊身份、家庭成员的特殊身份、军人的身份等就要求其承担与其身份有关的相应的刑事义务，不相同的人承担各不相同的刑事义务，同样也是正义的要求。但是，公民的特殊身份的获得，必须符合公意。[23] 当然，刑法平等并不意味着现实的平等，受政治文化和法律文化的影响，经济社会发展的不平衡，我国刑事司法实践中仍然存在不能平等适用刑法的现象。

刑法平等应当包括立法平等和司法平等。立法平等指在刑事立法活动中，立法者平等地看待每一个公民，不能以身份、地位、贫富等因素在刑事义务和权利的分配上有所差别。司法平等是指对一切犯罪人在适用刑法时应当根据同样的法律，同罪同罚。刑法平等的基本含义是任何人犯罪，不论其性别、种族、民族、家庭出身、社会地位、职务大小、财产多寡、政治派别、宗教信仰等如何，都一律平等地适用刑法，任何人不得有超越刑罚的特权。[24] 我国刑法平等所强调的是反对特权和歧视，追求的是刑事司法在定罪、量刑、行刑方面的公正、不偏不倚。从刑法典条文的表述上看，我国刑法平等是一项司法原则，包括定罪、量刑和行刑的平等。但是，立法平等是司法平等的前提和基础，只体认司法平等不反映立法平等是不全面的，如果定罪、量刑和刑罚待遇没有统一的标准，那么，如何真正做到司法上的平等呢？那种认为刑法平等仅仅指适用法律平等的观点为不公正的法律的出台提供了理论上的支持。因为，对于来源于社会现实需要的法定义务，立法者特别容易加入自己的私利与偏见，有时我们确实可以看到，某些犯罪所以被规定为犯罪，实是因为统治者为了一己之私利或者愚蠢的偏见。如何防止立法者在立法时为了自己或者自己所属的阶层或者阶级谋取私利，既是一个十分重要的政治问题，又是一个十分重要的法律问题，刑法规范平等原则就是刑法领域的一个最重要的限制性原则。相同的人必须承担相同的法定刑事义务，也就是说，在公民之间平等地分配法定刑事义务，同样属于分配正义的必然要求。在刑事义务的分配方面，根据公民的种族、政治见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等方面进行分类，并予以不平等的对待，是非正义的。[25] 平等首先是一项道德原则，然后才是法律原则。如果立法时不考虑平等，就已经削减了平等的独立价值。德沃金在谈到自由时所说的一段话或许能给我们一些启示，他说“当我们制止一个人谈情说爱或做爱时，我们削减了他的自由，当我们制止他谋害或诽谤他人时，我们也削减了他的自由。虽然，后一方面的限制是可以有理由的，那也只是因为它们对于保护他人的自由和安全来讲是必要的妥协，而不是因为这些限制本身没有侵害自由的独立价值。边沁曾说，无论什么法律都是对自由的‘违背’，而且，虽然某些类似的违背是必要的，但是，若要假装说它们根本就不是违背，那就是蒙昧主义的论调了”。[26]

（二）立法确认

刑法平等只有首先在立法上得到确认，才能在司法中得到落实，因此，刑事立法平等具有重大意义。刑法规范必须符合平等原则，这是正义与功利的共同要求。一切公民在立法上都应当受到平等的保护，任何公民都不得享有任何不公正的特权，也不应受到任何歧视，而应得到公正无偏见的待遇。[27]

刑事立法平等首先诞生于西方，并得到国际社会的普遍认同，在较为晚近的时候，对我国刑事立法产生了重要影响。1789年法国的《人权宣言》，第6条最早宣告“法律对于所有的人，无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前，所有的公民都是平等的。”平等思想在国际人权法中也作为一项重要的立法原则出现，例如，在联合国人权宪章以及国际人权条约中都有规定，《公民权利和政治权利国际公约》第26条规定，“所有的人在法律面前平等，并有权享受法律的平等保护，无所歧视。在这方面，法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护，以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他简洁、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何理由的歧视。”另外，《囚犯待遇最低限度标准规则》第6条集中体现了对囚犯平等权的体认，规定“本规则应与公正执行，不应基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份而加以歧视。”国际社会对平等不断追寻的精神，也感染了我国的立法和司法活动，平等除了作为我国宪法的一项原则之外，在刑法中也给予了确认并得到了较为系统的体现：

1，总则确认。作为刑事立法的基本原则，首先应当体现在刑法总则的规定中。近代以降，刑法总则就成为规定犯罪与刑罚的一般原理、原则和制度的普遍性刑法规范，因而在刑法总则中确认刑法平等是刑法分则刑法平等的基础。刑法平等在总则中体现在如下几个方面：

(1) 明确确立刑法适用平等原则。总则第4条规定：“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。”这里的“任何人”不仅包括对任何犯了罪的人，还包括对其行为需要刑法进行评价的人；不仅包括自然人还包括法律上拟制的人；不仅包括犯了罪的人，还包括刑事被害人。就被害人而言，不论其身份职业、社会地位、财产状况有何差异，都享有同等的权利，任何人受到犯罪行为的侵害，都应当依法受到保护，绝不能对同样的行为，因被害人的身份、职业、社会地位、财产状况等不同，而在适用法律上有所区别。[28]“适用法律”主要指国家机关依照法律规定的程序将刑事法律规范的内容转变为现实活动。“超越法律的特权”指违反法律的规定，为法律所不允许的特权。[29]将平等确立为刑法的一项基本原则，才能充分认识任何刑法上的不平等都是对刑法存在根本的动摇，是在根基上侵蚀刑事法治的行为。

(2) 明确犯罪定义，第13条指出，论何人只要实施了刑法规定的危害社会的行为，依照法律应当受到刑罚处罚的，都是犯罪。这条规定表明，刑罚是犯罪的必然结果，刑法规定是定罪量刑的唯一标准，在刑法的适用上人人平等。

(3) 明确了刑法的适用对象和范围。第6-11和第30-31条规定，我国刑法适用于自然人犯罪和单位犯罪。还规定，除本法有特别规定外，无论是在我国领域内还是领域外犯罪，也不论是中国人、无国籍人还是外国人，只要实施了本法适用范围内的犯罪，将一律平等适用我国刑法。

平等地分配刑事义务是实现刑法的实质正义和功利需要的共同要求，是刑法规范的平等原则的一个基本方面。[30]另外，公民在刑事权利的享有方面也是平等的，比如，我国刑法总则关于正当防卫、紧急避险的规定，反映出这些刑事权利应当是每一个人平等拥有的。

2. 分别确认。刑法法则对平等的确认为刑事司法平等提供了前提条件，是总则平等适用刑法的自然延伸。在刑法条文的设定上，普遍体现了“起点平等”、“同等情况同样对待”的立法理念，对同样犯罪的处罚没有性别、种族、社会地位和身份等的区别。同时，还体现了“不同情况不同对待”的立法思想，对一些具有特殊身份的特殊主体在分配刑事义务和享有刑事权利方面的区别对待的规定，比如，国家机关工作人员、军职人员等职务犯罪，目的在于明确特殊主体在承担相应义务基础上才能享有特定的权利。

三、刑法平等的司法体认与人权保障机能的实现

刑法平等不仅是立法原则，也是司法原则，只有通过有效的司法活动，才能更好地实现刑法平等。符合刑法保护主义和平等主义的刑法规范，如果不通过司法活动加以适用，正义与功利的实现也就无从谈起。[31]司法就其本质而言，就是平等，但是，正如19世纪法国哲学家勒鲁在其《论平等》中所做的比喻，有时候，司法是一个瞎眼的波吕斐摩斯[32]，在他的眼里有两个社会，“有一个社会，那里的人只要一犯罪就会落入法网或宪兵手中，那就是穷苦阶级。还有一个社会，那里有些人几乎犯有种种的罪行，但他们可以不受刑法处分，或者至少不必害怕，那就是富人阶级”。[33]如果说在刑事立法活动中，对刑法平等价值意蕴的体认非常重要，那么，在刑事司法活动中，因为实现刑法平等更为困难，因此，对平等价值的体认则更具有重要的意义。刑事司法的平等是人们实现价值追求的要求，对树立正确的平等观、对其他部门法的正确实施以及维护社会公平和刑法本身的权威性具有现实意义。[34]我国刑法平等原则本身就是一项司法原则，体现出在刑事司法中，立法者对实现平等价值的体认。在刑事司法领域，适用刑法平等具体体现在以下几个方面：

(1) 在定罪方面，司法官员在定罪时，既不允许将有罪认定为无罪，也不允许将重罪认定为轻罪；反之亦然。除刑法的特殊规定外，触犯同种罪名的行为人应当以同种罪名定罪，犯罪人的地位高低、权力大小、金钱多寡都不能影响犯罪的成立与轻重。

(2) 在量刑方面，该判重刑的不得轻判，该轻判的不得免除处罚，反之亦然。行为人的地位、贫富等因素不能影响量刑的轻重。在具体案件中具有刑法规定的从重甚至加重或者从轻、减轻和免除处罚的情节时，要依法裁处，不能因为行为人的经济、社会或政治地位的不同而枉法擅断。

(3) 在行刑方面，司法官员也应当做到不枉不纵，在执行刑罚时，对于所有受刑人平等对待，凡罪行相同、主观恶性相同的，行刑上一律平等，不受权势地位、富裕程度所左右，进而对一部分人搞特殊，而对另一部分人加以歧视。

严格掌握减刑、假释的条件标准，不搞法外施恩。同时，对罪行轻重不同，主观恶性不同，改造表现不同给予差别待遇，也是行刑平等应有之义。

从刑法功利性的角度看，刑事司法平等是人权保障和保护合法权益的需要。刑法具有保障机能和保护机能，如果不能平等地适用刑法，有部分没有犯罪的人受到了刑法制裁，他作为合法公民的权利如何得到实现？如果有部分犯罪人享有不受刑法制裁的特权，刑法又如何保护社会和其他公民的合法权益？那么，在司法活动中，如何实现刑法的人权保障机能？司法官员怎样才能平等地适用刑法呢？除了设计一套科学合理的刑事司法制度外，就司法官员来说，一方面，司法官员要理解平等的价值内容，树立正确的平等观。另一方面，有限度地赋予司法官员自由裁量权。

关于刑法的价值内容，前文已经有所论述，简言之，适用刑法平等要求对任何人都予以平等无差别的对待。从刑事执法的角度看，刑法平等意味着在执法中应当实现官民平等、公私平等、强弱平等，反对官轻民重、以公害私、恃强凌弱的的不平等现象。刑法平等是刑法公正的必然要求。在一个没有特权和歧视的社会里，法律能够平等地对待任何人，不会因为身份、地位等因素而影响定罪、量刑和行刑。同时，我们所说的平等对待并不是无差别的绝对等同对待，不考虑年龄、智力程度等因素差异的绝对同罪同罚，不能涵盖平等的全部意蕴。刑法平等的价值内容，在很大程度上要通过司法得以实现，使得刑法对平等的追求，不仅表现于立法平等，还要在司法的运作过程中，在维护刑事平等的过程中尽可能地接近实质的平等。司法具有独立于立法的品格，并通过司法官员的具体司法活动展现出来。然而，任何法律都无法以一种完美无缺的方式适用于一切情况，通过刑事司法实现平等也是有局限性的，这种局限性客观上是由于司法实践的纷繁复杂，主观上是因为法官对立法理解的不同，对法律规范的解释就有差异，这种差异必然会影响到判案的结果，因而，这就引申出了法官到底有没有法律解释的权利问题。

关于法官解释法律的问题，在理论上，有司法机械主义和司法能动主义两种学说。在司法机械主义者看来，法官是一个机械地适用法律的工匠：刻板、毫无生气、严格地按照法律规定进行逻辑推理。例如，我们比较熟知的贝卡里亚提出的三段论式逻辑推理的司法模式[35]就是司法机械主义的典型。而司法能动主义则认为，法官并非法律的奴隶，法官在刑事司法活动中，通过创造性的审判活动弥补立法的缺陷，甚至在一定程度上造法。正如有论者所认为的那样，法官在司法活动中不是木偶与摆设，其能动性是应当承认的。但法官的司法劝诱不是没有限制的，只有在法定范围之内行使这种权力。[36] 司法能动主义主张的司法官员的自由裁量权是受平等观所限制的，这种限制就是，自由的界限不能够将定罪、量刑或行刑的自由扩张为一种不平等权，扩张为某些人的特权或对某些个体的歧视。当然，刑法平等首先表现为在刑法面前的抽象个体的平等，但是，和民事主体平等不同的是，刑事司法中的不平等经常是司法官员滥用自由裁量权的结果。从人权保障的观点看，正如夸大自然法的适用极具危险性一样，过分夸大司法官员的自由心证也是非常危险的，因此，对实质平等的追求不是要脱离实在法对某些人“法外开恩”，而是要借助自然法，在宪法秩序的范围内体现刑法的平等性。在刑事司法运作中，司法官员是以代理国家刑罚权的面貌出现的，那么，这种代表着国家刑罚权的司法官员相对于犯罪嫌疑人、刑事被告人或罪犯来说无疑具有极大的威力，因为，正如有的学者所指出的那样，不论犯罪主体多么凶悍，相对于以强大的国家机器为依托的司法力量而言，总是处于弱小的地位。司法官员能否平等对待犯罪主体既取决于刑事立法的平等也取决于司法官员的良心确认，而司法官员的职权及其活动、刑事司法的过程及其结果，对犯罪主体的人格尊严、财产、自由甚至生命会产生极为严重的影响，这种客观存在的影响力，极易转化为对人权的侵害。[37]

如何解决刑法规范的一般性和司法实践中平等适用于具体事件的特殊性之间的矛盾，一种主张是绝对自由裁量主义。无论中外都有寄希望于明智的统治者或法官的绝对自由裁量主义的主张。在西方社会，持这种主张的有柏拉图、庞德、弗兰克、卢埃林等，根据这种主张，将道德上的普遍正义作为司法的基本原则，其前提假设是要有一个“好人社会”和“君子统治”。但是，至少目前看来，这是不可能的。权力必须受到制约，不受任何制约的绝对权力意味着绝对的腐败。赋予法官以绝对的自由裁量权，只能导致司法专横。另一种极端的主张是绝对规则主义。这种主张力图排除司法过程中法官的自由裁量。[38] 但是，“任何一种人类语言都不可能将某个法律规定表达的精确到可以完全排除法官在解释和适用它时的自由裁量权”。[39] 因此，需要赋予法官以解释刑法和适用刑法的自由裁量权，但要加以限制。这种限制表现为：首先，当刑法规范本身清楚、明确时，法官必须公平地直接适用刑法，而无需再解释刑法或者适用自由裁量权。例如，刑事责任年龄作为认定人具有刑事责任能力的客观标准，在没有更为科学的标准之前是十分公平的。刑事责任能力是一个逐渐形成的过程，并且个体的差异是人的认识能力和控制能力也有所差别，司法实践中有时会遇到虽然一个犯罪嫌疑人的年龄还没有达到刑事责任年龄，但是，因其心理、生理的过早发育和社会经验的积累，使其实际上已经具备了刑事责任能力，这种情况下，有一条平等适用于任何人的明确规则，比根本不作规定要公平。在修订刑法的时候，我国就曾经发生过对于相差几天就满14岁的少年实施了杀人等行为是否要追究刑事责任的问题的讨论，当

初，不仅引起了法官的疑惑，而且在社会上掀起轩然大波。从法理上来说，不同的人有着不同的正义要求，这种情况表现出正义的一种相对性，但是，对于不同的正义要求的考量，是在立法时应当解决的问题。当立法者确立了明确的规则后，就成为绝对不可随意更改的规则，这也是正义之绝对性的必然要求。对于已经确立的明确的正义标准，法官必须对所有的人一视同仁，不偏不倚地加以适用，否则，就是不公平、非正义。其次，法官在运用自由裁量权时，必须在有利于被告的严格解释的前提下，对各种权利要求作公正地通盘考虑。[40]

刑法平等的司法体认还涉及到和刑罚个别化的关系问题。刑事实证学派以人身危险性为根据建立刑罚个别化理论，这种同罪异罚体现了在更为公正的基础上对实质平等的追求。刑法个别化意味着适用刑罚必须考虑犯罪人的个人情况，对犯罪人区别对待。这样就会出现同罪异罚、有罪不罚的情况。一般而言，实施了同样犯罪的人却被判处不同的刑罚，或有的被判处刑罚而有的却免于处罚，这是不平等的，也是不公平的。但这是否意味着刑罚个别化违反了刑法平等原则呢？在这个问题上存在两种截然相反的观点：一种观点认为，刑罚个别化并不违背刑法平等原则，[41]理由是：（1）我们已经建立起了人与人之间的平等互利关系，消灭了封建的等级特权，体现犯罪人社会关系的个人情况是可以自由改变的。（2）考虑犯罪人的个人情况，并不排斥责任观念，一些可以加重责任的个人情况，必定是犯罪行为人在日常生活中自我选择与自我表现的结果，如累犯、自首以及犯罪嫌疑人的一贯表现，依据这些情节加重或减轻犯罪人的刑罚，并不违背刑法平等的基本规则。（3）刑罚个别化作为一项刑罚原则，并不是无限制的个别化，而要受到罪行法定、罪刑相当、人道主义、个人责任等原则的制约，这些原则尤其是人道主义原则可以确保刑罚个别化不致成为国家压迫或歧视某些人的工具，或者不公正地特别优待某些人的工具。相反，刑罚个别化原则还有利于刑法平等的实现，因为平等并不否定差异，不考虑差异的绝对平等实质上是一种不平等。因为平等与正义相连，正义意味着每个人应当得到他该得到的东西。当刑罚被赋予人道主义内容的情况下，考虑犯罪人的不同情况予以不同等处罚，是合乎正义的，也是平等分配原则的要求。还因为平等的基本含义之一是要按照人们的需要进行分配，需要相同分配相同，需要不同分配也不同，不同的犯罪人有着各不相同的教育改造需要，因而需要区别对待，否则，就不符合平等的原则。刑罚个别化理论近年来在我国刑法学界受到关注并得到一定的积极评价。这一理论在刑法中最主要的集中体现在刑法第5条的规定中，“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”。另一种观点认为，刑罚个别化与刑法平等原则存在价值观上的冲突，在功利的天平上确实存在取舍的选择。尽管有些刑法理论如综合主义和分配主义的刑法理论试图把二者融合起来，找到一种两全其美的理论，但是，刑罚个别化理论的确对刑法平等构成了强有力的冲击，二者是注定不可能走到一起的。[42] 笔者赞同第一种观点，第二种观点没有真正理解刑法平等的价值内涵，上文已经有论述，刑法平等并不排斥差别对待，这种观点实际上是绝对自由裁量主义或司法机械主义的体现。

结束语

平等不是一个事实；“平等是一项原则，一种信仰，一个观念，这是关于社会和人类问题的并在今天人类思想上已经形成的唯一真实、正确、合理的原则”。[43] 刑法平等也不是一个事实，进而言之，刑法上这种对平等的追求，正是印证了不平等的存在，这种不平等恰恰是至今在我们的立法和司法中仍然存在的，包括特权在内的即卢梭已经明确指出的第二种不平等，[44]这种不平等的存在，时刻提醒我们它对我们生活的各个方面的影响有多么地深入，以至于我们在适用刑法平等原则时，要不断地和那些消蚀平等意愿的痼疾作斗争，比如，凌驾于刑法之上的特权，“变通执法”等等。

[1] [法]皮埃尔·勒鲁：《论平等》，王允道译，肖厚德校，商务印书馆1994年版，序言。

[2] 参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第157页。

[3] 参见赵雪刚：《功利主义人权观批判》，载徐显明主编《人权研究》（第二卷），山东人民出版社2002年版，第96-135页。

[4] 参见徐显明、齐延平：《论中国人权制度建设的五大主题》，载徐显明主编《人权研究》（第二卷），山东人民出版社，第165-167页。

[5] 参见陈忠林：《刑法面前人人平等原则》，载《现代法学》2005年第4期。

[6] 常健：《人权的理想·悖论·现实》，四川人民出版社1992年版，第208-209页。

[7] [美]罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，夏登峻校，法律出版社2001年版，第99页。

[8] 陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第74页。

[9] Geraldine van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p41.

[10] 参见[意]贝卡里亚：《犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1997年版，第65-74页。

[11] [日]大名贺须：《生存权论》，法律出版社2001年版，第39页。

[12] 所谓的刑法平等的实体平等和程序平等是指从正义观上看，大陆法系强调实体争议，英美法系更加注重程序正义。在平等问题上，如果说大陆法系的平等更大程度上意味着实体平等，那么英美法系则在更大程度上体现程序平等。参见陈兴良《本体刑法学》第74-75页。

[13] 参见付立庆：《论刑法适用中的隐性不平等——以刘海洋案为视角的考察》，载《法律科学》2004年第2期。

[14] 参见贪污受贿罪和盗窃罪起刑点的规定，前者起刑点为5000元，后者为500元。

[15] 参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2001年版，第75-83页。

[16] 参见熊浩：《刑法基本原则拷问》，载《学术探索》，2006年第3期。

[17] 参见熊浩：《刑法基本原则拷问》，载《学术探索》，2006年第3期。

[18] 参见何秉松：《刑法教科书》，中国法制出版社2000年版，第77页；马俊：《试论刑法之平等原则》，《天水行政学院学报》2000年第3期。

[19] 参见王作富：《刑法》，中国人民大学出版社1999年版，第22页；彭泽君、向阳：《简论罪行平等原则的司法运作》，载《荆州师范学院学报》（社会科学版）1999年第4期；赖早兴：《刑法平等原则辨析》，载《法律科学》2006年第6期。

[20] 参见陈忠林：《刑法面前人人平等原则》，载《现代法学》2005年第4期。

[21] 参见徐显明、齐延平：《论中国人权制度建设的五大主题》，载徐显明主编《人权研究》（第二卷），山东人民出版社2002年版。

[22] 参见陈兴良《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第74页。

[23] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第104页。

[24] 参见屈学武主编《刑法总论》，社会科学文献出版社2004年版，第36页。

[25] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第104页。

- [26] 参见[美]德沃金《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第352页。
- [27] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第100，102页。
- [28] 参见辛科，《论“刑法面前人人平等原则”》，载《政法论坛》1997年第5期，第17页。
- [29] 参见陈忠林：《刑法面前人人平等原则》，载《现代法学》2005年第4期。
- [30] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，117页。
- [31] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第118页。
- [32] 希腊神话中的独眼巨神，以食人肉为生。
- [33] 参见[法]比埃尔·勒鲁：《论平等》，王允道译，肖厚德校，商务印书馆1994年版，第29页。
- [34] 参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第47-48页。
- [35] 参见[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1997年版，第12-14页。
- [36] 参见陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第95-96页。
- [37] 参见王敏远：《刑事司法理论与实践检讨》，中国政法大学出版社1999年版，第304页。
- [38] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第119-120页。
- [39] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第47页。
- [40] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第121-124页。
- [41] 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第490-494页。
- [42] 参见吴全柱、陈孝平：《论我国刑法中的平等原则》，载《咸宁师专学报》2002年第2期。
- [43] [法]皮埃尔·勒鲁：《论平等》，商务印书馆1988年版，第68页。
- [44] 参见[法]卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，商务印书馆1982年版，第70页。

