

XINGSHI
ZHENGCE
LUNTAN

严 励 / 主编

第四辑

刑事政策论坛

- 论刑事司法政策的基本原则及其贯彻 魏东 李姗
- 论刑事司法政策司法解释过度化的弊端及其反思 李翔
- 论中国金融犯罪追诉政策的定位与前瞻 林喜芬
- 近代中国少年司法改革的进展与高度 姚建龙
- 非法经营罪的结构缺陷与司法政策 王安异
- 未成年人犯罪宽严相济刑事政策内涵之重新解读 郭泽强 刘杰

国法制出版社
LEGAL PUBLISHING HOUSE

上海市高校一流学科（监狱学方向）项目资助

第四辑

刑事政策论坛

严 励 / 主编

XINGSHI
ZHENGCE
LUNTAN

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事政策论坛. 第4辑 / 严励主编. —北京: 中国法制出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7041 - 4

I. ①刑… II. ①严… III. ①刑事政策-中国-文集
IV. ①D924. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 278625 号

责任编辑 陈兴

封面设计 蒋怡

刑事政策论坛. 第4辑

XINGSHI ZHENGCE LUNTAN DISHI

主编/严励

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787 毫米 × 1092 毫米 16

版次/2016 年 1 月第 1 版

印张/ 22.25 字数/ 393 千

2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7041 - 4

定价: 75.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 010 - 66010405

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序

我国业已进入经济社会发展的深化改革阶段，随着经济发展的新常态和社会转型的加速，在社会面上同时也进入了社会矛盾的多发期、刑事犯罪的高发期、社会治安和社会秩序不稳定期，犯罪、刑罚乃至与之相关的国家社会治理、社会秩序调试等问题越来越受到关注。刑事政策研究作为提供分析与治理犯罪、秩序与惩罚的智慧来源，也越来越成为重要的理论研究领域。刑事政策具有自身独特的研究视角、分析框架和价值标准，其研究视角由传统的打击犯罪和惩罚犯罪逐渐转向预防控制犯罪和归化犯罪人，其分析框架由单一的应对犯罪策略分析逐渐转向多元的战略决策和综合治理方略分析，其价值标准由传统的国家本位主义逐渐转向国家社会双本位主义。从广义的角度来看，刑事政策研究与规范刑法学研究、犯罪学研究、政治学研究、社会学研究都具有天然的亲和力，但又与之相区别，刑事政策研究可以在共识中坚持自身的立场、在区别中寻找共同的取向。

党的十八届四中全会做出了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，决定指出：依法治国是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求，事关党执政兴国、事关人民幸福安康、事关党和国家长治久安。刑事政策以其独有的兼顾刑事法律与政治决策双重资源的优势，能够在依法治国的框架内为刑事治理法治化、科学化做出无法代替的贡献。

近年来我国刑事政策研究取得了令人瞩目的成果，特别随着我国刑事法治不断进步，刑事政策研究更呈现出了加速发展趋势。刑事政策研究的各种观点推陈出新、概念体系不断明晰、研究视野逐步扩大、人文品质稳步提升，刑事政策研究在学术品格和社会影响力上取得了跨越式进步。当代世界已经进入全球化、一体化的新时期，我国刑事政策的理论与实践也与世界其他国家发生着日益密切的关系，我国许多刑事政策的观点和实践借鉴于其他国家，同时我国亦有许多观点和做法影响着其他国家。可以预见，随着世界各国交流的日益深入，各国在刑事政策领域的相互学习和借鉴将越来越多，刑事政策的全球化、

一体化也将日益完善。

刑法学是上海政法学院传统优势学科。2009年6月,刑法学被上海市教委确定为第五批重点建设学科。2011年,获国家批准设立刑法学硕士点,于2012年开始招收刑法学硕士研究生。十二五内涵建设期间,刑法学学科又被上海市教委纳入一流学科建设规划。2015年获得上海市教委高原学科建设项目,刑事政策研究是上海政法学院刑法学学科具有引领意义的研究方向之一,研究水平居于全国领先地位,研究成果在全国具有较大认可度。

为进一步拓展学术影响力、打造学术交流平台,上海政法学院刑法学学科创办了具有鲜明特色的《刑事政策论坛》系列连续出版物,《刑事政策论坛》以广义刑事政策为视角,以汇集刑事政策理论研究和实践经验为主要内容,同时兼顾诸学科涉及刑事政策的学术探索,期望能为广义刑事政策领域研究者提供一个交流平台。《刑事政策论坛》至今已经出版三辑,今年出版的第四辑以刑事司法政策的理论发展与实践进展为主题,侧重对近年来刑事司法领域的刑事政策问题进行理论研究和实践梳理。本辑遴选国内刑事政策研究领域知名专家学者有关刑事司法政策的学术成果,对刑事司法政策的基本原则、刑法基本原则与刑事司法政策的关系、刑事司法政策与刑事司法解释、刑事司法政策与犯罪认定、刑事司法政策与矫正、刑事司法政策与具体犯罪处理过程等诸多前沿问题进行探讨。本辑继续尝试将刑事司法过程中的实体法、程序法的研究融合在一起,作为刑事政策领域的研究框架,冀望这一尝试能够为刑事政策理论研究与实践发展提供更为广阔的思路,冀望能够促进刑事领域整体法治进步与刑事一体化的发展。

严励

2015年11月

目 录

论刑事司法政策的基本原则及其贯彻	魏 东 李 娟 1
刑法基本原则与刑事司法政策关系探析	孙燕山 10
论刑事司法政策司法解释过度化的弊端及其反思	李 翔 19
论刑事政策对认定犯罪的影响与作用	孟昭武 31
刑法教义学与刑事政策学相互贯通的路径选择	赵运锋 周 静 44
“法治中国”背景下社会治安综合治理问题研究	云 剑 58
风险社会语境下刑事政策的理性应对 ——基于刑事政策与刑法功能调整的思考	郑高键 68
论中国金融犯罪追诉政策的定位与前瞻 ——基于宽严相济理念的思考	林喜芬 80
近代中国少年司法改革的进展与高度	姚建龙 91
文本与实践：我国社区矫正制度的“宽”与“严” ——以 H 省 T 市 L 区为例	雷 堂 牛丽丽 丁 芳 106
“矜老恤幼”：刑法宽容须有度	张 勇 115
防卫无责任能力人侵害的行为定性 ——兼论不同犯罪论的刑事政策功能	冷必元 124
论科学技术与司法政策的耦合与分歧 ——从故意伤害案件的角度看《人体损伤程度鉴定标准》的适用	李晓郭 王 徽 138
对我国刑事政策的一点思考 ——论刑事审判监督权的配置	马长生 刘润发 罗开卷 145
论“犯罪分子”的称谓应当摒弃	万志鹏 152
非法经营罪的结构缺陷与司法政策	王安异 159
宽严相济刑事司法政策下醉驾型犯罪的认定	肖 洪 吕菊瑞 170

论宽缓化刑事政策实现的困境及其路径选择

——以检察机关实施新刑事诉讼法为视角的分析	张兆松	张思文	179
未成年人犯罪宽严相济刑事政策内涵之重新解读	郭泽强	刘 杰	194
绩效规则与犯罪边界的互动关系研究			
——基于考核制度与司法行为为互动视角	樊华中		209
侦查程序被害人律师帮助问题	兰跃军		217
自媒体时代网络民意与刑事司法政策的互动关系研究	蔡一军	李 昌	229
从检察实务的角度设计合适成年人在场制度	胡旭宇		241
我国台湾地区的悬赏奖励做法及其对大陆的启示	丁 盼		247
降低刑事责任年龄问题反思与对策	张 圆		255
空巢老人犯罪问题初探	俞 倩		266
刑事司法政策刍议	王志亮		278
少年刑事政策的恤幼思想及其历史渊源	周 颖		294
社会福利欺诈的行为定性与治理对策	肖志珂		304
虚拟财产刑法保护的中国实践与完善对策	王欣元		313
微妙国际关系背后的知识产权刑事保护政策应对	熊理思		324
融资犯罪金融风险的刑事控制政策	谢 杰		333
骗取社会福利行为刑事司法实务研究	叶 琦		339

论刑事司法政策的基本原则及其贯彻

魏 东 李 姍*

刑事司法政策是刑事政策系统的一个有机组成部分,具体是指在刑事司法领域中所遵行的基本刑事政策和具体刑事政策的总和。这是从刑事政策的表现领域观察所得出的逻辑结论,亦即,刑事政策依其表现领域而可以区分为刑事立法政策、刑事司法政策、刑事执行政策三类。因此,依刑事政策理论逻辑而论,刑事司法政策不同于刑事立法政策与刑事执行政策,但是刑事司法政策必须充分体现国家基本刑事政策所确定的刑事政策总体价值目标与宏观实体策略、国家立法机关刑事立法所坚持的具体刑事政策以及国家最高司法机关依法所确定的其他具体刑事政策等的综合指导。〔1〕例如,我国现阶段的刑事司法,首先必须充分体现我国现阶段所奉行的社会主义和谐社会目标及社会主义法治理念指引下的社会综合治理政策与宽严相济刑事政策这样两项基本刑事政策所确定的刑事政策总体价值目标与宏观实体策略,同时,还应当充分体现我党中央及国家最高权力机关、最高司法机关所确立的有关具体刑事政策内容,如宽严相济刑事司法政策、未成年人司法政策、限制死刑适用司法政策等。

刑事司法政策必然坚持刑事政策系统的基本原则体系,因而刑事司法政策的基本原则必然是对刑事政策基本原则体系的具体化体现。这是从刑事司法政策基本原则与刑事政策基本原则二者关系原理观察所得出的基本结论。刑事政策的基本原则,是指贯穿于整体刑事政策过程始终并对所有刑事政策活动参与者均具有指导和制约作用的一系列准则。基于对刑事政策基本原则共性认识的归纳总结,我们认为现代刑事政策的基本原则主要包括法治原则、刑法谦抑原则、人道主义矫正原则、科学主义综合治理原则等四项。〔2〕由此,我们认为:刑事司法政策的基本原则,是指贯穿于刑事司法政策中对所有刑事司法政策活动参与者均具有指导和制约作用的一系列准则,其具体内容是对现代刑事政策四项基本原则的具体化体现,包括法治原则、刑法谦抑原则、人道主义矫正原则、科学主义综合治理原则。

* 魏东,男,法学博士,四川大学法学院教授、博士生导师,四川大学刑事政策研究中心主任;李姍,女,法学硕士,西华师范大学政法学院讲师。

〔1〕 魏东主编:《刑事政策学》,四川大学出版社2011年版,第41页。

〔2〕 魏东主编:《刑事政策学》,四川大学出版社2011年版,第54页。

一、刑事司法政策之法治原则

刑事司法政策之法治原则，是刑事政策之法治原则的具体化体现。而刑事政策之法治原则，是指所有刑事政策活动必须在法治观念下依法进行的原则。法治原则成为现代宪政国家的基本政治原则，也是现代刑事政策的基本原则。法治原则作为刑事政策的基本原则，最集中、最核心的内涵表达就是罪刑法定原则，因而在相当意义上也可以说，罪刑法定原则是现代刑事政策的基本原则。当然，罪刑法定原则不但是现代刑事政策的基本原则，也是现代刑法的基本原则；而法治原则的全部内涵，还应当不仅仅停留于罪刑法定原则的层面，而是应当辐射于法治国建设的各个方面（如法治政府建设等）。

作为规范国家和政府行为的一项根本宪政原则，法治原则体现于对国家和政府行为的全过程、各方面的全面规制和约束过程中，并且表现为不同的内容。如在规制和约束政府行为的过程中，法治原则派生出依法行政原则。在刑事政策领域，法治原则要求国家和社会对犯罪作出的一切公共反应，无论是以国家公权力运作为内容的国家正式反应，还是市民社会组织对犯罪做出的有组织的反映，无论是以国家刑罚权的运作为核心的刑罚反应，还是以其他国家公权力的运作为内容的非刑罚的正式反应，都必须受到法律的严格约束。^{〔1〕}因此可以说，以广义刑事政策立场而论，刑事政策关涉刑事法律领域和非刑事法律领域等多层次政策内容，均应以法治原则为基本原则，但具体政策内容的不同亦将对法治原则的具体要求有不同的解读。一般而论，刑事政策上法治原则的基本要求，是必须坚持宪法至上原则、法律面前人人平等原则、刑事法律原则和社会主义法制原则等。^{〔2〕}具体而论，刑事政策中的刑事措施（如刑法、刑事诉讼法和监狱法等）领域，其法治原则的主要内容可以同罪刑法定原则相当，因而在此意义上也可以说，罪刑法定原则是现代刑事政策的基本原则；而刑事政策中关涉的非刑事措施（如治安管理处罚法、行政处罚法以及其他行政法律法规等）领域，其法治原则的内容则并非罪刑法定原则可以完全囊括在内，尚包括有依法立法、依法行政、依法办事等法治内容在内。

罪刑法定原则是近代资产阶级反对封建社会的罪刑擅断的斗争中提出来的一项重要刑法基本原则，是刑事法治化进程中的一项重要成果。其基本含义是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”我国刑法第三条的规定是：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”我国刑法的这一规定，具有极其重大的历史的进步意义，可以说是我国刑法步入文明

〔1〕 卢建平主编：《刑事政策学》，中国人民大学出版社2007年6月版，第173页。

〔2〕 严励：《中国刑事政策的建构理性》，中国政法大学出版社2010年6月版，第242页。

现代化刑法的根本标志。^{〔1〕}有学者指出,罪刑法定原则的理论基础有一个发展变化的过程。^{〔2〕}作为罪刑法定原则原始(早期)理论基础的三大理论是:其一,自然法理论,主张以制定法来限制刑罚对个人权利的干预;其二,洛克和孟德斯鸠的“权力制衡理论、三权分立学说”,即立法、司法、行政三权的分立,只有实现了三权分立,才有可能真正实现罪刑法定,才可能为实行罪刑法定原则提供政治制度的保障;其三,费尔巴哈的心理强制说理论,即趋利避害的原理。而作为罪刑法定原则现代理论基础的三大理论是民主论、人权论、秩序论。民主论要求:刑法必须体现人民群众的意志,有人民选举的立法机关来制定刑法,然后有司法机关来适用。人权论要求:刑法必须以保护人权和扩大公民自由为目标。实行罪刑法定原则后,公民才可能在事先预知自己行为的法律后果,自由才不受到非法的限制。程序论要求:国家要维护和实现特定的社会秩序,必须让全体公民都知晓,使全体公民遵守并维护。

应当说,罪刑法定原则的本质是限制司法权的,其中包括对我们侦查权、公诉权和审判权等的限制,防止随意出入人罪,以有效保护、并且是最大限度地保护公民的人身自由权利。因此,罪刑法定原则的内在要求必然是严格限制刑事司法活动、刑法谦抑主义的以及有利于被告的精神。大体上说,罪刑法定原则内部有五大派生原则:成文法原则;禁止事后法原则;禁止类推解释原则;法定刑的明确性原则;刑罚法规正当原则。就刑事政策而言,这样几项“派生原则”,对于刑事立法政策与刑事司法政策均具有全面指导作用,意义十分重大。其中前面三项派生原则(成文法原则、禁止事后法原则和禁止类推解释原则),主要针对刑事司法政策而言的,强调了实质正义与形式正义的有机统一,尤其需要在刑事司法中严格遵守;而最后两项派生原则(法定刑的明确性原则和刑罚法规正当原则),则主要是针对刑事立法政策而言的,更多强调了实质正义的侧面。

就此而论,刑事司法政策之法治原则,其主要内容就是罪刑法定原则之下的成文法原则、禁止事后法原则和禁止类推解释原则。一是成文法原则,又叫法律主义原则、排斥习惯法原则。这一派生原则的基本含义,是要求作为处罚根据的刑法必须是成文法,从而当然排斥习惯法的适用。根据成文法主义,在刑事司法政策上如果不存在处罚行为的刑罚法规,就不能处罚该行为;如果不存在升格处罚情节的刑罚法规,就不能升格处罚该行为。因此,我们在寻找办案依据时,基本上都是在找“文字依据”,即法律法规、司法解释的明文规定。二是禁止事后法原则,又称禁止重法溯及

〔1〕 从理论逻辑上分析,学者认为仍然可以从罪刑法定原则的不同规定方式上发现一些细微的差异:近代资产阶级刑法所主张的罪刑法定原则,是从“否定意义上”来规定该原则的,即规定“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。而我国刑法第三条的规定是从“肯定意义上”来规定该原则的,即首先强调的是“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”,因此,依照该规定,有罪而不予追诉的话,就属于违法;在此基础上,刑法才补充说明“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。这两种规定方式,仍然能够反映出各自细微的差异。

〔2〕 张明楷:《刑法学(第二版)》,法律出版社2003年7月版,第51~53页。

既往原则。这一派生原则的含义是，刑法只能适用于其施行之后的犯罪，而不能追溯适用于其施行之前的犯罪，这样才能适应国民预测可能性的要求。根据禁止事后法原则，在刑事司法政策上必须严格禁止重法溯及适用于既往行为，因为刑法的溯及适用会破坏法的安定性，不当地侵害个人的自由，因为任何行为时合法的行为都有可能被将来的刑法规定为犯罪的危险。不过，出于有利于被告人的原则考虑，多数刑法立法在規定刑法溯及力问题时都规定了“从旧兼从轻原则”，亦即在刑事司法政策上均特别地准许“轻法”溯及既往行为。三是禁止类推解释原则。其基本含义是，根据严格罪刑法定主义要求，对犯罪规范尤其是总体上不利于被告的规范不允许类推适用，且无论是根据法律的一般原则进行的类推，还是根据最相类似条文进行的类推，都在禁止之列。这是因为，类推适用在本质上是為填补法律漏洞而形成的一种“补充性立法”，从而违背了只有立法机关才能制定刑法的要求。但是，这一原则近年来有所发展变化，就是在刑事司法政策上允许进行有利于被告的类推即无罪或罪轻的类推，因为，这种类推有利于被告，有利于保障个人自由，从而符合罪刑法定原则的精神实质。同时，由于“扩张解释”容易与“类推解释”相混淆，因此，在部分国家里，连“扩张解释”也在禁止之列。但实际上，我们的执法人员是每时每刻都在解释法律，这是客观存在的事实，而且，合理地、科学地解释法律也是我们执法人员的神圣职责；但问题是：什么叫做“合理地、科学地解释法律”？这值得我们在贯彻执行刑事司法政策之法治原则时必须高度重视、谨慎把握。

例如我国首例男男强奸案，人民法院最终没有判处该案被告人构成强奸罪，其原因即在于，按照我国刑法第236条规定，男性在我国是被明确地排除在强奸罪被害人的范围之外的，既否认女性强奸男性成立强奸罪，也不承认男性对男性的性侵犯成立强奸罪，因此，按照罪刑法定原则（及其派生原则成文法原则、禁止类推解释原则等），该案被告人依法即不能以强奸罪论罪的。^{〔1〕}再如，对于刑法第133条之一所规定的危险驾驶罪生效之前的醉酒驾车行为，按照罪刑法定原则（及其派生原则禁止事后法原则），该行为人即不能以危险驾驶罪追究其刑事责任。应当说，这些事例都是刑事司法政策之法治原则的基本要求和鲜明体现。

二、刑事司法政策之刑法谦抑原则

刑事司法政策之刑法谦抑原则，是刑事政策之刑法谦抑原则的具体化体现。刑事政策上所谓刑法谦抑原则，又叫刑法经济原则、刑法节俭原则，就是指立法者和司法者应当尽量以最小的支出、少用甚至不用刑罚（而用其他处罚措施或者教育措施代替），来获得最大的社会效益并有效地预防和抗制犯罪。

〔1〕 魏东：《从首例“男男强奸案”司法裁判看刑法解释的保守性》，载《当代法学》2014年第2期。

刑事司法政策上必须坚持刑法谦抑原则的理由在于：(1) 犯罪基本上是人类社会必然伴随的现象，社会应当在一定程度上对犯罪予以宽容，并寻求综合的救治办法。意大利学者菲利说：“犯罪是由人类学因素、自然因素和社会因素相互作用而成的一种社会现象。”菲利提出了著名的犯罪饱和论：“犯罪饱和论，即每一个社会都有其应有的犯罪，这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的，其质和量是与每一个社会集体的发展相应的。”〔1〕(2) 刑罚本身兼具有积极与消极的两重性。甚至有学者认为，刑罚本身也是一种恶害，是以暴制暴。德国学者耶林指出：“刑罚如两刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害。”(3) 刑罚不是万能的，人类已有历史实践、特别是酷刑实践已经证明：不可能通过刑罚来消灭犯罪。因此，“那种迷信刑罚的威慑力，尤其是迷信重刑对未然之犯罪的遏制效果以及对已然之犯罪人的矫正功能的观点，是不足取的。”〔2〕

刑事司法政策上之刑法谦抑原则的基本要求是：在刑事司法政策上，对于某种具体的危害社会的行为，国家只有在运用民事的、经济的、行政的法律手段和措施，仍然不足以抗制时，才能在不得已的情况下运用刑法方法，即将其解释为犯罪并处以刑罚。一般认为，在下列三种情况下，就不应当动用刑法：一是无效果；二是可替代；三是太昂贵。因此，刑事司法政策上应当自觉地贯彻刑法谦抑原则。我们在刑事司法工作中，应当准确、全面地理解刑法的有关规定和立法精神，严格贯彻罪刑法定原则，谨慎发动刑事追诉程序，特别是启动刑事侦查权和提起公诉活动必须依法谨慎进行，在对具体案中被告人进行定罪量刑时必须坚持适当保守的刑法解释立场，反对过度解释刑法和重刑主义倾向。

例如对于一些拖欠民工工资的行为、逃税的行为等，如果能够采取行政的措施予以解决并且在客观上促成了民工工资足额发放、应纳税款全额补缴的，依法不在司法上作为犯罪处理，既符合刑法规定，也是贯彻刑事司法政策之刑法谦抑原则的具体体现。

三、刑事司法政策之人道主义矫正原则

刑事司法政策之人道主义矫正原则，是刑事政策之人道主义矫正原则的具体化体现。刑事政策上所谓人道主义矫正原则，是指在我国现行法律框架内防控犯罪时，坚持人道主义、矫正正义、权利保障的价值立场，以实现对违法犯罪人实行人道主义矫正为宗旨的原则。

人道主义的基本点是对人的态度上的一种伦理原则和道德规范。一般认为，人道

〔1〕〔意〕菲利：《实证派犯罪学》，郭建安译，中国政法大学出版社1987年版，第43页。

〔2〕陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第6页。

主义源于犹太教——基督教传统。在圣经里，上帝让亚当和夏娃修理和看守伊甸园时，告诫他们除了善恶果以外可任意取食树上的果子，因此人是万物的尺度这句话在西方文化里是有着根深蒂固的基础的。西方哲学素有崇尚理性的传统，人道主义就是人类主义、理性主义。人道主义发展于文艺复兴时期，“人道主义是一种以人为中心和目的，关于人性、人的价值和尊严、人的现实生活和幸福、人的解放的学说”〔1〕。人道主义是视人本身为最高价值从而主张把任何人都首先当作人来爱、来善待的思想体系。〔2〕由此可见，人道主义是一种博爱主义。中国的儒家的中心价值观是仁被认为是人道主义，是一种朴素的理念。而仁的其中一个重要意义是爱。按照孟子的说法，仁爱的其中一个基础是人皆有之的不忍人之心或恻隐之心：所以谓人皆有不忍人之心者，有人看见孺子快掉进井里，都会产生怵惕恻隐之心，而恻隐之心，是仁的发源。仁爱的基础是推己及人，首先有怵惕，是因为见到危险，自己害怕，其次才有恻隐，因为发现不是自己有危险，而是其他人，故由己及人，产生不忍之心。在中国这个差序格局的社会，仁是有等差的，是推己及人的。在这种富于伸缩性的网络里，随时随地是有一个“己”作为中心的〔3〕。因此，中国古代的仁不能算是近现代意义上的人道主义。因此，从人道主义出发，刑事政策必须以人为本，理解人、关心人、帮助人，满足和解决人的需要，尊重人性尊严，促进人的发展，注重人权保障，实现刑事政策的人文关怀。〔4〕相应地，刑事政策上应尽量避免人（主要针对犯罪人）受到非人的或降低人尊严的待遇，应恰当进行刑法人道主义的价值权衡，切实做到公正和功利的有机和谐、而不是只强调其一而不顾其他，保护机能与保障机能的合理兼顾、而不是顾此失彼或者重此轻彼，工具主义和目的主义的理性统一、而不是只注重世俗实用的工具主义。

在刑事司法政策上，刑法的解释适用应该“中立地”对公正和功利给予关注和平衡，并且力求使两者处于一种理性和谐的整合状态。古希腊亚里士多德讲：“要使得事物合于正义，须有毫无偏私的权衡；法律恰恰是这样一个中道的权衡。”〔5〕我国刑法学者储槐植教授指出：公正和功利是人类的社会活动一直追求的两种价值，二者的结合是终极目标；要功利又要公正，这是国家被迫的选择。〔6〕这里的“功利”，在我们看来主要有两项基本内容：一项是从个人角度看，功利意味着自由；另一项是就国家角度而言，功利意味着秩序。因此，公正和功利的平衡，主要指公正、自由和秩序的理性和谐。可以说，我们在许多案件中的定性处理分歧，在本质上就是由于刑法价值取向上的根本差异所致。

〔1〕 陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1998年版，第431页。

〔2〕 王海明：《公平平等人道——社会治理的道德原则体系》北京大学出版社2000年版，第130页。

〔3〕 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社2002年版，第28页。

〔4〕 卢建平主编：《刑事政策学》，中国人民大学出版社2007年版，第190页。

〔5〕 [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第169页。

〔6〕 储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社1997年版，第258页。

在刑事司法政策上,刑法公正观问题值得特别关注。我们注意到一种很特别的现象,那就在刑事政策学界和法学界(其实还包括法理学以及其他学科学者)基本上毫无例外地主张:公正 in 刑事政策法律领域的基本体现就是坚持报应主义,或者强调报应主义就是公正(尤其是刑法公正),论及公正都离不开以报应主义作为观念基础。因此,前面所述的报应主义思想都可以在头街上加上一个“公正”的限定语,通称为“公正报应主义”;其区别仅仅在于对公正的不同解读:绝对报应主义的公正,是同态复仇性质(强调等量性)的公正;相对报应主义的公正,是强调等值性的公正;绝对确定的均衡报应主义的公正,是强调罪与刑均衡性和确定性的公正;法律报应主义、规范报应主义、人道报应主义的公正,是分别强调所谓法律性、规范性、人道性的公正。但是,实际上根本没有一个普遍适用的真正公正的“公正”标准。

我们认为,在刑事司法政策理论上以报应主义(包括任何一种报应主义)论证公正(尤其是刑法公正),把“刑法公正必然内在要求报应主义”这个命题作为一个“不言自明”的公理,是存在很大疑问的。(1)报应主义在本质上就是一种“罪有应得”式的报复主义,它并不具有成为正义和人类公理的充分根据。例如,作为人类社会善良愿望体现的宗教,就有明确反对报应(报复)、主张宽容和挽救的思想观念。“在教会法中,正义意味着纠正和拯救,而不是复仇”;“报复的意图和仇恨的心态与基督教之爱控制下的正义是全不相容的。”^[1](2)报应主义作为一种观念性的存在,其本身的合理性值得论证。因为,任何观念都是主观性的东西,是特定历史条件下人类社会实践的反映,而这种反映本身是否正确、是否需要发展、是否需要改弦更张,都应当检讨。同理,报应主义观念也应当接受时代的检讨,它不可能当然地成为公正的内容。(3)人类实践逐渐修正报应主义,例如绝对报应主义、相对报应主义、绝对确定的均衡报应主义、法律报应主义、规范报应主义、人道报应主义等的相继出现和不断修正,应当看作是报应主义本身存在的内在谬误所致,但是,报应主义的这种内在谬误是否能够在报应主义“体系内”得到真正有效的修正,值得怀疑。(4)报应主义并没有在刑事司法政策实践中得到有效贯彻,有罪不罚、重罪轻罚、无罪受罚成为人类刑事司法政策实践中的基本现象,尤其是有罪不罚、重罪轻罚的现象往往能够获得法律和社会的普遍认同。(5)报应主义无法解释刑事司法政策上的死刑存废之争、终身监禁刑存废之争、缓刑制度、假释制度等刑事司法政策现象。(6)报应主义在根本上与现代刑事司法政策价值理念相违背。现代刑事司法政策的本体价值范畴(刑事司法政策价值定位)包括自由(人权保障)、秩序(犯罪防控)、公正(相对公正)、效率(社会发展)四个范畴,其中无法找到报应主义的落脚点。(7)报应主义严重妨害人类社会进步,尤其对于刑法人道化、刑事政策科学化进程制造了观念上的障碍。

[1] 彭小瑜:《教会法研究——历史与理论》,商务印书馆2003年版,第104页。

可见,报应主义并不能成为刑事司法政策上公正价值(刑法公正)的当然内容。因此,我们应当反对刑法报应主义、重刑主义甚至依赖死刑主义,主张刑法矫正正义,注重运用轻刑、缓刑和刑事和解制度。只有这样才符合现代刑法人文观念,才符合近现代国际社会刑事司法潮流的基本精神。例如,西方国家上个世纪中叶以来所广泛兴起的“恢复性刑事司法运动”和“刑事和解制度”,韩国在刑法司法中对轻刑犯大量实行缓刑,应当说都是贯彻刑事司法政策之人道主义矫正原则的典型例证。

四、刑事司法政策之科学主义综合治理原则

刑事司法政策之科学主义综合治理原则,是刑事政策之科学主义综合治理原则的具体化体现。科学主义综合治理原则,是指刑事政策活动必须立足于犯罪学等经验科学的实证研究成果,坚持对犯罪进行科学的、立体的综合治理的原则。因此,科学主义综合治理原则具体包括相互关联的两方面内容:一是刑事司法政策的科学主义原则,二是刑事司法政策的综合治理原则。

科学主义原则强调,刑事司法政策的制定和实施等活动,均须建立在经验科学的实证研究成果基础上,根据对犯罪现象、犯罪原因、犯罪趋势的规律性认识,探求有效而合理地对犯罪的反应方式,以达到预防犯罪和矫正犯罪人的目的。^[1]因此,有效的刑事政策,必须以各科学有关犯罪之研究为基础,例如在阐明犯罪原因上,必须依赖生物学、遗传学、心理学、精神医学、教育学、社会学等诸科学的研究;再如在刑罚制度效果之评估上需运用统计学之知识,在犯罪人分类处遇上需运用心理学、精神医学之测验或诊断鉴别等技术等。^[2]如果说启蒙时期的刑事政策方法是以人道主义、合理主义为特征的,则与此相对,19世纪后半期以来的刑事政策思潮是科学主义为特征,科学地犯罪预防对策的研究逐渐占据了刑事政策学的中心地位,且现在的刑事政策研究也仍处在其延长线上。^[3]可见,刑事政策科学主义立场,是刑事政策理论和实践发展的基本趋向,也是现代刑事政策的突出共识和显著特点。

综合治理原则,是指基于对违法犯罪的发生具有政治的、经济的、社会的、文化的等多方面原因综合影响所致这样一种认识,动员全社会各种力量齐抓共管,综合运用政治的、经济的、社会的、文化的等多种手段,以实现治理社会治安、减少违法犯罪和保障社会稳定发展的目标。社会管理综合治理,主要是我国自改革开放以来,在中国共产党领导下进行社会主义建设过程中逐渐摸索和总结出的解决我国社会管理问题的根本出路,已经成为我国新时期社会管理工作的总方针,它具有广泛的社会性、措施手段上的综合性和鲜明的时代性,需要我们展开深入理论研究和实践探索,进一

[1] 卢建平主编:《刑事政策学》,中国人民大学出版社2007年6月版,第195~197页。

[2] 许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第21页。

[3] [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年11月版,第10~11页。

步总结、发展和完善。

例如在当下我国反腐败斗争中,就要充分注意贯彻刑事司法政策之科学主义综合治理原则,既要“老虎苍蝇一起打”、“受贿行贿一起抓”,又要兼顾好宽严相济刑事司法政策,还要注意审视和把握好我国防治腐败犯罪的刑事司法政策体系化,恰当处理好宽严相济刑事政策精神、“老虎苍蝇一起打”和“受贿行贿一起抓”策略思想三者之间的关系,使得其三者在我国防治腐败犯罪中协调发挥应有作用而不至于出现政策策略上的偏差,在治理腐败工作中坚持科学主义综合治理原则立场,从而在整体上为我国防治腐败犯罪具体工作和刑事法治建设大局增添“正能量”。具体讲,在反腐败斗争中既要反对只打老虎不打苍蝇的做法,又要反对眉毛胡子一把抓、不分轻重胡乱打的思路,还要反对单纯重打击、超越法治的思想。在反腐败犯罪的侦查工作中,一定要深挖细查,将全部腐败犯罪揭露深挖出来,决不能搞留有余地、留下后患;在公诉和司法审判环节的定性处理上,要切实做到定性准确、处理适当,既要注意依法严厉打击严重腐败犯罪的老虎,也要依法处理打击确有轻微腐败犯罪的苍蝇,而不能让苍蝇们钻了法律的空子、逃脱了法律的制裁。即使依法需要将部分腐败犯罪分子予以免除处罚处理、缓刑处理等宽大处理,也要将其宣布为犯罪;即使依法需要将部分十分轻微的腐败犯罪不作为犯罪处理,也要将其已有犯罪行为彻底揭露出来并依法给予党纪政纪处分,而不能让其隐藏在阴暗角落之中。^{〔1〕}应当说,这是当前我国在腐败斗争中贯彻刑事司法政策之科学主义综合治理原则的应有之义。

〔1〕 魏东:《对腐败犯罪“老虎苍蝇一起打”的刑事政策考量——兼议“特别重大贿赂犯罪案件”的政策性限缩解释》,载《甘肃政法学院学报》2014年第2期,第1~7页。

刑法基本原则与刑事司法政策关系探析

孙燕山*

刑法学理论探讨中,将刑法基本原则、刑事政策、刑事司法政策各作为一个独立课题以及刑法与刑事政策的关系研究成果颇多,但将三者联系在一起进行研究的成果则寥寥无几。〔1〕是三者之间风马牛不相及,还是被学者们忽视,其个中原因不得所知。为了研究本问题,不妨我们转换一下研究的参照体。第一个参照体是,刑法基本原则与刑法法条是否属于相同的法律规范要素。在我国,对刑法基本原则的研究,无论是被刑法确立前还是确立后,多是理论本身的探讨,诸如刑法基本原则的含义、理论基础、思想基础、蕴含的价值、地位以及如何在刑事立法和刑事司法中落实,等等内容。但缺乏刑法基本原则的法律条文与刑法自身的其他条文,在法律规范要素上具体的属性是什么的研讨。需要本文考察。第二个参照体是,刑事司法政策能否等同于刑事政策。在我国刑法理论界,刑事政策的研究要早于刑事司法政策的研究,比如“综合治理”,“严打”,“宽严相济”等概念的使用,最早我们是表述为刑事政策,只是近些年来才表述为刑事司法政策。〔2〕上述两个参照体如果经过分析,能得出刑法基本原则与刑法条文在法律规范要素上无异,刑事司法政策就是刑事政策的另一种表述,无实质意义上的差别,那么本问题的研究就可归纳为刑法与刑事政策的关系,而这一问题研究,刑法理论已经达成共识,即刑事政策是刑法的灵魂,刑法是规范化的刑事政策。如果此结论正确,就可以避免重复性的研究,如果无法得出上述的结论,则从另一方面体现本研究的必要。因此,本文即是通过迂回的研究,探讨刑法基本原则与刑事司法政策间的关系。

一、刑事政策与刑事司法政策

何谓刑事政策,正如研究者所言:迄今为止,学者们的认识大相径庭,存在着极

* 孙燕山,河北师范大学法律系教授、刑法学硕士生导师,系主任。

〔1〕 笔者各以刑法基本原则、刑事政策、刑事司法政策为关键词,在中国知网进行搜索,均能找到大量发表的期刊论文,但将其中任意两个作为关键词进行搜索,则满足该条件的为零。

〔2〕 刘武俊:《司法政策的基本理论初探》,载《中国司法》2012年第3期,第30页。