



| 刑 | 事 | 法 | 律 | 论 | 丛 | Series of Criminal Law

在制度和秩序的边际

——刑事政策的一般理论

Bound in System and Order :
The General Theory of Criminal Politics

孙万怀 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

在制度和秩序的边际

——刑事政策的一般理论

Bound in System and Order :
The General Theory of Criminal Politics

孙万怀 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

在制度和秩序的边际:刑事政策的一般理论/孙万怀著. —北京:北京大学出版社,2008.6

(刑事法律论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13700 - 0

I. 在… II. 孙… III. 刑事政策 - 研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 056351 号

书 名: 在制度和秩序的边际——刑事政策的一般理论

著作责任者: 孙万怀 著

责任编辑: 朱梅全 张 晗 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13700 - 0/D · 2039

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 22 印张 350 千字

2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

CONTENTS 目 录

第一部分 刑事政策价值论

第一章 刑事政策的范畴界定	3
第一节 刑事政策的基本内涵	3
第二节 刑事政策的基本特性	5
第三节 刑事政策的社会价值	11
第二章 刑事政策的理论发展	15
第一节 古代刑事政策的沿革、特点与思考	15
第二节 近代刑事政策的基础与启蒙	31
第三节 刑事政策的“科学化”	34
第四节 刑事政策发展的新思路	35
第三章 刑事政策的实质	
——国家刑权力的体现	46
第一节 国家刑权力体现为刑事政策 而不是实定刑事法	46
第二节 刑权力的不可推定性决定了 政策边际	51
第四章 刑事政策的制定基础	
——对社会危害的解读	56
第一节 社会危害性的评判标准与刑事 政策具有共同性——道德	56

CONTENTS 目 录

第二节	社会危害的认知是带有政策性和历史性的概念	58
第三节	现象分析:惩罚失调的根据在于对危害性问题的误读	60
第五章 刑事政策确立和判断的基本依据		64
第一节	意识形态因素对刑事政策的影响	64
第二节	经济发展因素对刑事政策的影响	67
第三节	重要个案对刑事政策的影响	71
第四节	其他因素对刑事政策的影响	75
第六章 刑事政策的基本原则		80
第一节	合法性原则	80
第二节	人道主义原则	84
第三节	宽容原则	88

第二部分 刑事政策方法论

第七章 社会防卫政策的一般理论	101
第一节 社会防卫政策的法哲学基础	102
第二节 社会防卫政策的基本精神	104
第三节 刑事实定法原则与社会防卫政策价值冲突的评论	105

CONTENTS 目 录

第八章 刑事政策实现的核心领域

——刑事法律活动 110

第一节 刑事立法政策合理性的理解 110

第二节 刑事司法政策合理性的前提
——消除司法仪式化,关注
刑罚权分解 114第三节 行刑政策合理性的基础
——刑权力的制衡与外流 125第四节 赦免——刑罚消灭制度中刑事
政策的合理性修补 127第五节 从刑事政策角度考察刑法
规则的合理性——以假释为例 144

第九章 罪犯的处遇政策 148

第一节 罪犯处遇政策的实质 148

第二节 从死刑处遇的变迁看刑事政策
的文明化 150第三节 公正和人道是罪犯处遇政策
发展的原动力 157

第十章 刑事被害人的刑事政策地位之解决 167第一节 政策变迁与刑事被害人的
角色类型 168

第二节 刑事被害人理论的政策基础 172

CONTENTS 目 录

第三节 政策的取向与刑事被害人地位问题的解决	175
第十一章 对刑事政策进行法律监督的问题	180
第一节 强化刑事法治监督是现代刑事政策精神的基本体现	180
第二节 刑事法律监督的必要性	183
第三节 对刑事监督对象的再认识	185
第十二章 现实条件下刑事政策的运动方式	187
第一节 惩办与宽大相结合刑事政策的地位和作用	187
第二节 经济犯罪刑事政策的动态形式	190
第三节 刑事政策运动方式的时代特征	193
第十三章 刑事政策在现实中的显性体现——“严打”	198
第一节 “严打”刑事政策存在的法理基础	198
第二节 “严打”刑事政策的发展特点	202
第三节 对“严打”过程中几个法律关系认识	206

CONTENTS 目 录

第十四章 法定犯增生过程中的刑事政策	213
第一节 法定犯的基本理念及其与自然犯的关系	213
第二节 法定犯增生的社会基础与政策因素	218
第三节 法定犯与我国相关刑事规范的更新	222

第十五章 加入 WTO 对中国刑事政策的影响	228
第一节 市场主体的非歧视性待遇与刑事法价值维护	229
第二节 贸易自由化趋向与刑事犯罪圈界定的动态平衡	232
第三节 法律的趋同化对实定刑法的意义	233
第四节 透明度原则与刑事政策原则的契合	236

第三部分 刑事政策特论

第十六章 惩治关联走私行为与刑事政策	241
第一节 现阶段我国刑事策略对关联走私行为的规制特点	241

CONTENTS 目 录

第二节 关联走私行为刑事规制价值取向的定位	243
第十七章 转型时期的伪劣产品犯罪与刑事政策	247
第一节 伪劣产品犯罪的犯罪态势和政策因素	247
第二节 伪劣产品犯罪的成因分析	250
第三节 伪劣产品犯罪的义务前提及归责要素	253
第十八章 维护金融安全的刑事政策	257
第一节 WTO 的加入过程与我国金融违法行为的犯罪化立法的契合	257
第二节 我国当前金融刑事对策的主要思路	260
第十九章 侵犯知识产权犯罪的法治化与刑事政策	269
第一节 知识产权侵权行为刑事化的问题	269
第二节 知识产权刑事立法概况与体例	277
第三节 侵犯知识产权的社会秩序内涵	281
第四节 侵犯知识产权入罪行为设定	284

CONTENTS 目 录

第五节 侵犯知识产权犯罪的处罚力度	291
第二十章 市场不完全竞争中的刑事政策	294
第一节 完全竞争的理想与不完全竞争的现实	294
第二节 不完全竞争行政不法的政策背景	297
第三节 不完全竞争状态下的刑事对策	300
第二十一章 公共交通安全框架下的刑事政策	309
第一节 刑事政策转型的社会伦理基础	309
第二节 刑事政策转型的规则体现	311
第三节 交通运输行为的刑事政策倾向分析	314
第二十二章 腐败行为与刑事政策	320
第一节 体制型腐败——权力、身份和个性化	320
第二节 收买型腐败及其典型体现——商业贿赂	327
参考文献	336
后记	341

第一部分

刑事政策价值论

第一章 刑事政策的范畴界定

第一节 刑事政策的基本内涵

作为国家的一种统治策略或者说最为重要的统治手段,刑事政策所涉内容丰富。古今中外关于统治方略的论著汗牛充栋,从某种意义上说,纵横捭阖的治国要术在很大程度上是一种刑事方略。因此在传统社会,法律作用与政策作用的领域区分并不明显。因为法律往往就是政策贯彻的一种手段,法律和政策所关注的内容是相同的。但是作为学科或者说科学的性质,法律的特定性和确定性决定了其在人类的历史中得以较早成为独立的一门科学,而包括刑事政策在内的政策作为一门学问则只是近一百年来事情。1873年,德国柏林大学在西摩拉尔教授和华格纳教授的发起下成立了社会政策学会。但直到20世纪40年代,随着对于权力、权利、民生的关注,政策学的研究才开始如雨后春笋,得到重视。一般认为拉斯韦尔和丹尼尔·勒纳于1951年一起合作出版的《政策科学》一书,标志着现代政策科学在美国的正式诞生。此后,在美国、德国、法国有关社会政策的论文不断涌现,对于社会政策的研究也达到了一个新的高度,并对其他国家的社会政策研究产生了极大的推动作用。

依照马克思主义对于法律起源的论证,在阶级社会中尤其是国家既存的前提下,统治阶级总是存在着一定的统治政策,只不过在某些时段某些范围之内,政策性相对强化或弱化而已。在刑事领域,政策始终成为指导刑事法律实施的一项重要内容,但是刑事政策概念以及作为一门学科被研究,则是以近代人文主义思潮的兴起为基石、以资本主义制度的确立为开端的。“刑事政策”这个词是从德语 kriminal-politik 演化而来的,“首先,1800年左右德国的刑法学家费尔巴哈(P. J. A. V. Feuerbach)等使用‘刑事政策’这个词的时候,它主要是指刑事立法政策,而现在这个概念有更为宽

泛的含义”^①。这位德国有名的费尔巴哈家族的继承者首先使用了“刑事政策”这一名词,后来被公认为“刑事政策之父”。这种归纳方式或多或少带有西方中心论的色彩。这与日本明治维新时向西方学习从而开始的法治政策的近代化有密切关系。因此说近代化的刑事政策作为一种学科的出现起源于西方是毫无疑问的。刑事政策“由刑法大家李斯特(von Liszt)在20世纪初加以复兴,但是刑事政策真正成为一门学科则是第二次世界大战之后的法国”^②。法治的近代化可以看做是向西方法治学习的过程,刑事政策尽管内容不同,但形式本身带有共性特征,刑事政策的起源也就很难具有唯一性。如果不将刑事政策作为一门学科——刑事政策学,而是看做一种策略应对,则在中国传统时代不乏刑事策略应对的典章。这与中国传统文化的特征有关,也与中国文化的发达性有关,更与传统社会的刑事性特征有关。因此从一定意义上说,从早期的诸如《商君书》为代表的法家力作直至古代晚期的《慎刑宪》等对于《大学》的一脉相承,无不可以看做系统而经典的刑事政策的策略和学说。其中《商君书》中“虑世事之变,讨正法之本,求使民之道”的开篇之论极为精炼地点明了刑事政策的内容和实质。

刑事政策可以区分为不同层次的概念:(1)宏观定义。是指作为主权的国家为制裁和预防犯罪所采取的一切针对性的策略。李斯特认为:“最好的社会政策就是最好的刑事政策。”也就是宏观意义上的刑事政策。其特征不在于:政策的系统性,即已经不再仅仅局限于刑事法适用的范围之内;手段的多样性,不仅仅是通过法律的形式达到政策实施的目的;主体的广泛性,主体参与的范围涵盖社会各领域,成为一种社会政策;譬如教育政策、待遇政策、综合治理政策、住宅防范政策等。(2)中观定义。主要是国家通过立法和司法以及行政手段直接针对未然或已然의 犯罪人采取的制裁、预防、矫治的策略。其特点在于:实施过程的司法性,即刑事政策的实施主要表现为司法性特征,突出外化为国家司法权的拥有和运用;主体的特定性,通过国家制刑、求刑、量刑、行刑主体对犯罪的追究达到刑事政策的目的。多数观点似乎将刑事政策界定在这样的框架下。张甘妹将其定义为狭义的刑事政

① [日]森本益之、濑川晃等:《刑事政策学》,戴波等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第1页。

② 卢建平:《刑事政策与刑法》,中国人民大学出版社2004年版,第3页。

策,得谓为国家以预防以及镇压犯罪为目的,运用刑罚以及具有与刑罚类似作用之诸制度,对于犯罪人以及有犯罪危险人所作用之刑事上之诸对策。再譬如俄罗斯刑事政策理论的奠基人米尼科夫斯基认为:“不管国家和社会对反犯罪斗争相关的活动怎样称呼,是叫刑事政策或者叫做反犯罪斗争政策,谈的都是国内政策最重要的部分。它保证经济政策、意识形态政策和社会政策有效发挥作用。可以从概念、立法、法律适用三个层面上谈反犯罪斗争的政策。”^①(3) 微观定义。是指国家针对未然之罪即对于犯罪危险者,为预防其犯罪而采取的处分措施。

需要注意的是,二战之后,出现了国际刑事政策的概念,其主体似乎已经超出了国界,作为国际刑法领域的概念被重复适用,这是与国际公法领域新的发展尤其是国际刑法新的动向相对应的,在国际组织所制定的刑事法律仍然存在缺陷的今天,刑事政策在国际法领域的适用似乎更为灵活和常见。其主要表现为:(1) 力推将一些行为定罪处罚的国际化,多通过对国内刑事法律的指导实现;(2) 推行犯罪人处遇的改善,力促其复归社会;(3) 加强主权国家之间的合作,惩治国际性犯罪;(4) 以强调保护人权为基础,尊重国家之间的差异;(5) 将主权国家的责任作为政策制定的切入点实现政策的目的,往往将规范落实为国家义务。

此外,也有对刑事政策从其他角度加以认识的,德国学者希斐尔认为,刑事政策乃就目的性之观点,对于刑法成效之观察。它并非一门独立科学,而是在刑法领域中,研究现行刑法之适用性以及刑法在未来尽可能符合目的构想之发展。此观点否认刑事政策内容的具体性,而是将其作为国家刑事法律运行的一种思想、指导方针加以对待,虽然认识角度与众不同,但是有一定的合理性,有助于刑事法律运行的合理性和规范性考察。

第二节 刑事政策的基本特性

尽管对刑事政策的概念本身具有不同层面的解释,甚至角度也不同,但是就其特性而言学者们的观点较为一致,表现在:

^① [俄]斯马伊洛夫:《犯罪和刑事政策》(反犯罪斗争的现实问题),转引自[俄]波斯霍罗夫:《刑事政策的基础》,刘向文译,郑州大学出版社2002年版,第17页。

一、刑事政策的主体核心体现为一种权力

“德语中的 *kriminal-politik* 和法语中的 *la politique ceiminelle* 与英语中的 *criminal policy* 是不完全对应的。以笔者之见,将 *kriminal-politik* 或 *la politique ceiminelle* 译为‘刑事政治’比较合适。因为这里涉及的是对犯罪现象这一公共事务的认识和管理,而在中文里面,所谓‘政’,就是大家的事或公共事务,而‘治’就是指管理或治理,所以一般来说,政治就是对公共事务的认识和管理,处于战略的位置,地位较高,而政策一词多指策略,地位相对较低。”^①“可是任何人,尤其是学习政治学的学生,都不可忘记,‘*policy*’和‘*police*’乃同出一源。这两个词都来自于‘*polis*’和‘*polity*’,它们指的是政治群体本身和‘法律强制的垄断’,而后者正是政府的特征,因此所有的公共政策都必须理解为强制性的。它们的制定可以是出于最好的和最善意的愿望,执行时可以尽可能做到公正和宽容,然而这不能减弱它们的强制性。”^②也就是说,不论是称为刑事政策,还是称为刑事政治,都无法回避政策的主体核心体现为一种强制性垄断性的权力这一问题。

当代法律与政策的最大区别莫过于主体的差异性。现代法律的制定是一种契约意义的结果,是一种多方意志妥协或折中的结果,以权利为核心。尽管哈特等人将法律分为不同类型,法律因设定权力或权利而区分为不同级别,但是对于权力的设定实际上是对于权力的限定和限制,从另外一种形式上说也是对于权力的保护,权力的内容是以被动的方式出现的。而刑事政策的主体核心则是权力的主动性。国际著名的政策科学领域的学者叶海卡·德洛尔指出,政策科学研究的核心内容,就是在权力的主导下政策制定、贯彻系统的不断改善。这一以权力本身的主导性为基础的观点得到了广泛的赞同和信守,这也反映了人类社会政策发展的历史和现状,反映了政策的基本特征。

对此也有不同的论述。耶鲁大学社会暨政策研究所所长林布隆(Charles E. Lindblom)教授认为当代政策研究的核心应该落足于两个方面:

① 卢建平:《刑事政策与刑法》,中国人民大学出版社2004年版,第6页。

② [美]雷蒙德·塔塔洛维奇、拜伦·W.戴恩斯编:《美国政治中的道德争论》,吴念等译,重庆出版社2001年版,第1页。

其一,公共政策的制定是否符合人民的要求,是否要解决人民所需要解决的公共问题,此即公共政策的制定是否受到人民“控制”的问题。其二,政府制定的公共政策,是否有能力解决人民的公共问题,满足人民的需要,此即公共政策的“效力”问题。^①应该说两种观点并没有实质性的差异。政策的内容和政策的来源是当代政策理论中的重大问题,但并不否认人民权利在政策中的体现最终是通过权力的方式来加以实现。

刑事法律研究的是权利,固然也包括权力,但其研究的往往是权力应当如何的不作为,或者如何违反了不作为的义务。而刑事政策研究的是权力如何去积极地实施作为行为或履行作为义务。譬如宪法、刑法、诉讼法、行政法作为最为密切地涉及国家权力的法律,其限权法的性质已经得到普遍的承认,也是最能体现国家权力的法律部门,甚至出现了一种公法私法化的主张,其实质为限制国家权力从某种程度上说意味着保障公民的基本权利,二者具有进退关系。因此无论是公法还是私法,都可以说权利是核心,最终以权利的实现和消灭而告终。而政策则不断以实现权力的目的为己任。

二、刑事政策的制定和运作都追求一定的目的性

制度是刚性的,政策是柔性的。任何强调刚性的政策不是有效的政策。正如经济学中认为的任何损害别人的谋略不是真正有效的谋略一样,因为这样的谋略是不能够长期坚持下去的,只有能被长期坚持下去的才能够真正成为制度。作为柔性的刑事政策同样也要求不能以过度的损害来实现政策的目的。就实质而言,目的必然表现为一定的功利性特征,由于掌握国家权力的统治者目的不同,刑事政策目的表现为历史性的特点和阶级性的特点。但需要注意的是,阶级性的归纳是从整个人类文明发展的角度而言的,只有在特定时期之内这种对立才可能较为激化,其可能客观存在,但不能过分夸大其在刑事政策领域中的意义。

就形式而言,刑事政策通过制定打击和预防犯罪的方式遏制犯罪。但是在不同的历史时期、不同的社会环境下,刑事政策具有不同的偏向,显示了具体的目的性要求。人类社会从产生国家开始,权力就是维护社会秩序

^① 参见〔美〕林布隆:《政策制定过程》,朱国斌译,华夏出版社1989年版,第2页。