

第一期

VOL.1



Criminal
Policy
Forum

刑事政策论坛

严励 ■ 主编

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. 第一期/严励主编. —北京:中国法制出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1812 - 6

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(2010)第 040573 号

策划编辑 冯雨春

封面设计 李宇

刑事政策论坛(第一期)

XINGSHI ZHENGCE LUNTAN(DIYIJI)

主编/严 励

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2010 年 5 月第 1 版

印张/21 字数/306 千

2010 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1812 - 6

定价:46.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网 址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

传真:66031119

编辑部电话:66010405

邮购部电话:66033288

《刑事政策论坛》发刊词

刑事是关于犯罪与刑罚的领域，刑事政策是国家和社会以打击犯罪、预防犯罪，维护稳定的社会秩序为目的而制定的行为规范和行动准则，是各种方略、策略、措施、办法的总称。人类关于犯罪与刑罚的思想可以追溯到很早的时期，我国最早的史书《尚书》称：“蛮夷猾夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服，五服三就。五流有宅，五宅三居。惟明克允”。很明确地提出对犯罪要予以专门的刑罚予以惩治。但是长期以来，关于“刑”、“政”、“策”等表达却更多地与治国安民、齐政止争相关，而不是指专门的治理犯罪或者惩罚犯罪，历代统治者在对待刑事问题上往往是出于政治决策层面的考虑来进行选择。

虽然古代先贤们提出了相当丰富的有关犯罪与惩罚的思想，但当时刑事思想尚未从政治、道德与伦理中分离出来，也没有形成自己的独立体系，更没有现代意义上的学科之分，因而也就没有刑事政策，尤其是现代意义上的刑事政策之说。刑事政策概念是完全的舶来品，是20世纪早期从西方国家移植而来，其广泛被接受更是晚在20世纪后半叶。当前，随着我国进入社会转型的加速期，也是社会矛盾的多发期、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社会治安、社会稳定越来越受到关注。刑事政策研究作为提供分析与治理犯罪、秩序与稳定的智慧来源，也越来越成为重要的理论领域。

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人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策略分析逐渐转向多元的战略决策分析；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，刑事政策研究应当在共识中坚持自身的立场、在区别中寻找共同的取向。

我国目前正在倡导构建社会主义和谐社会，刑事政策研究不能置身度外，并且由于其自身属性更需发挥最大作用。和谐社会是以人为本的社会，所说的和谐就体现在人与人的和谐、人与社会的和谐、人与自然的和谐。和谐就是要减少排斥力，增强吸引力而形成合力；和谐就要倡导宽容精神、要用温情取代冷漠，减少敌对情绪和斗争理念；和谐并不是没有矛盾，而是能够有效地减少和控制矛盾，及时地化解矛盾；和谐就是要形成相互融洽的关系，达到“和而不同”。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构建社会主义和谐社会做出无法替代的贡献。

改革开放以来，我国刑事政策研究取得了令人瞩目的成果，尤其是近十年来，在相关法学、政治学、社会学研究的影响下，刑事政策研究更呈现出了加速发展趋势。据不完全统计，近十年来国内与刑事政策相关的学术论文计 1500 余篇，相关学术著作近 30 部，相关的各种理论研讨会、学术讲座等亦蓬勃举办。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，各国政治、经济、文化空前密切，我国刑事政策的理论与实践也与世界其它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它国家，同时我国亦有许多观点和做法影响着其它国家。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。

上海政法学院刑事司法专业自 2004 年被列为上海市教育高地建设第二期工程以来，着力打造刑事政策学，将其列入刑事司法高地建设的 20 门课程体系之一。2004 年承担了国家社科基金项目《中国

刑事政策的理性建构》，2005 年承担了上海市教育委员会重点科研项目《构建和谐社会与中国刑事政策的调整》，2006 年承担了司法部国家法治与法学理论研究项目《社会转型与刑事政策变革研究》。自 2004 年以来在核心期刊发表论文 30 余篇，出版了《刑事政策的理性与实践》等著作。应该说，在刑事政策、特别是中国刑事政策研究中已经积累了一定的基础。为了汇集刑事政策研究领域的宝贵智慧、交流刑事政策实践中的有益经验、反映刑事政策领域的世界潮流、提升我院刑事政策研究的水准，我们想通过汇百家之言、取百家之长、集百家之慧的方法，每年出版一本反映刑事政策前沿问题的论文集，《刑事政策论坛》据此而生。《刑事政策论坛》以大刑事政策为视角，以汇集刑事政策理论研究和实践经验为主要内容，同时兼顾刑法学、犯罪学、刑事诉讼法学、刑事执行法学、法律社会学、政治学等涉及刑事政策的学术探索。“大音希声，大象无形”，希望吾辈努力能够将《刑事政策论坛》办成起点高远、基础厚重、视野广袤的权威刊物。

刑事政策论坛

目 录

Contents

《刑事政策论坛》发刊词	(1)
-------------------	-------

第一编 刑事政策基础理论研究

1. 问题意识与立场方法	
——中国刑事政策研究之反思	严 励 (3)
2. 刑罚、刑法与刑事政策	倪培兴 (27)
3. 刑事政策的理性及其展开	卫 磊 (40)

第二编 宽严相济刑事政策研究

4. 从宽严相济刑事政策的立论依据、政治功能看其政策	
定位	张远煌 (75)
5. 宽严相济刑事政策的价值、困境及出路	张绍谦 赵运峰 (94)
6. 宽严相济刑事政策视野下的定罪研究	康均心 (104)
7. 宽严相济视野下的刑罚制度改革	游 伟 史 生 (139)
8. 检察视野中的宽严相济刑事司法政策	曹 坚 (154)

第三编 刑事政策专题比较研究

9. 我国惩治交通肇事罪的刑事政策	莫洪宪 (173)
10. 回归社会的安置帮教刑事政策研究	王志亮 (186)
11. 美国刑事政策中的实用主义倾向	李立丰 (225)

第四编 刑事政策关联领域研究

12. 我国金融犯罪刑事立法模式的思考 刘宪权 (237)
13. 转化型抢劫罪主体条件的实质解释
——以相对刑事责任年龄人的刑事责任问题为视角 刘艳红 (248)
14. 刑法总则法条关系研究 龚培华 (275)
15. 中国职务犯罪防治体系的完善
——《联合国反腐败公约》视角下的比较研究 王 娜 (281)
16. 招摇撞骗罪争议问题研究 林亚刚 (315)

Criminal Policy Forum

第一编

刑事政策基础理论研究

问题意识与立场方法

——中国刑事政策研究之反思

严 励*

内容提要：刑事政策是刑法改革的助推器，是刑法理论发展的基石。为使刑事政策发挥其功能，一是要增强问题意识，坚持刑事政策的批判和分析精神，回应转型期中国刑事政策调整的现实，把握中国刑事政策的完整体系，探索中国刑事政策研究的理论范式，为刑法现代化的实现提供技术性支持。二是要确立正确的研究视角和方法，应从广义刑事政策视角对中国刑事政策进行深入研究；应兼采注释与批判的方法，更应该注重开拓性研究；应立足于本土化又要借鉴和移植，才能使中国刑事政策尽快地溶入先进法治国家之列。

关键词：问题意识 立场方法 中国刑事政策

“长期以来，刑事政策在中国的刑事立法和刑事司法中都起着极为重要的作用。但与此不相称的是，关于刑事政策的研究却比较薄弱，研究成果并不多”。^① 刑事政策的理论研究落后于刑事政策的实践，也难以为刑事政策的实践提供强有力的理论支撑。这一方面在于中国刑事政策的特殊性，是党和国家政策的重要组成部分，理论工作者难以跨越和理性反思；另一方面，对于刑事政策研究缺少问题意识和立场方法，也使得研究的成果难以指导实践，甚至是亦步亦趋地照猫画虎，毫无意义。为使中国刑事政策研究突破窘境，必须要增强问题意识，切实地解决立场和方法问题。

* 作者简介：严励，上海政法学院教授、博士生导师。

① 卢建平著：《刑事政策与刑法》，中国人民公安出版社2004年版，第132页。

(一)

刑事政策自1803年由德国刑法学家费尔巴哈提出已经历了200年,跨越了古典主义、实证主义和新社会防卫学派研究的三个阶段。而刑事政策每一阶段的发展创新都推动了刑法的变革与发展,这在于刑事政策发展的每一重要历史阶段都创造了完整系统的理论体系。这些宏大、深邃的理论和原则,至今仍闪耀着思想的光芒,指导着刑事法律的发展。国外刑事政策学研究方兴未艾,刑事政策学专著、论文在刑事法学中占据重要地位,已经出现“刑事政策的刑法化”与“刑法的刑事政策化”趋势。费尔巴哈、李斯特、马克·安塞尔等著名的刑事政策研究者都成为每一时期刑法学研究的领军人物。反观我国刑事政策研究,表面的繁荣掩饰着理论的苍白无力;虚伪的赞颂遮蔽了批判的自觉主动;刻意的描绘透视着地位的奴颜屈膝。刑事政策的理论是深邃的,但至今尚无统一的定义;刑事政策的体系是庞杂的,至今也在探索之中;刑事政策的视野是开阔的,但至今尚未开发出来予以应用。在众多问题之中,有五个方面必须要引起重视并予以解决,才能使中国刑事政策走上理论的自觉之路。

一是,中国的刑事政策研究缺乏深刻的批判和分析精神,只是对现存刑事政策的注释与解脱,至今刑事政策学尚未形成完整的学科体系。由于我国刑事政策一词的特定的政治含义,刑事政策学又无法与国际的学术研究接轨。正如陈兴良教授所指出的:“我国刑事政策学与大陆法学国家的刑事政策学相比较,在内容上存在重大差别。这主要是因为政策这个词,在我国政治生活中广泛使用,并通常是指党的政策。这种政策往往是指政党为实现一定历史时期的路线和任务而规定的行动准则。在我国以往的刑法研究中,本来就论述了对于刑法具有指导意义的有关刑事政策,例如惩办与宽大相结合。而我国当前的刑事政策学基本上就是对这些现存的刑事政策的注释与解说。在这种情况下,所谓刑事政策学充其量不过是现行刑事政策之解释,而不能成其为一门独立的理论学科。考虑到当前我国刑事政策一词特定的政治含义,即使采用了刑事政策学这一名称也无法与国际上的学术接轨。”^①卢建平教授则认为刑事政策这一概念的中文译法有问题,应译成“刑事政治”比较合适,这才符合其是一种反犯罪的“战略”的本

^① 陈兴良著:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1996年版,第373页。

意。^① 笔者认为,中国刑事政策不仅仅是与国外概念认识上的差别和分歧,更重要的是没有建构符合中国刑事政策实际的理论体系和“专业槽”,缺少与国外刑事政策对话的话语体系和对话资本。中国刑事政策的理论体系尚未形成,对话何以可能。

二是,刑事政策研究者所关注的应当是而且也必须是中国现实的刑事政策,回答现实中需要解决的实际问题,但我国学者对中国社会转型和制度变迁与刑事政策调整的研究不够,理论落后于实践。刑事政策总是一国的具体刑事政策,目前还不存在全世界通行的刑事政策。尽管国际刑事司法准则对加入国际公约的国家有效力,但也必然符合其本国的利益才能有效力。所以刑事政策的研究首先要关注本国刑事政策的发展、变化,特别要注重不同国家、不同历史时期刑事政策的调整变化。如我国目前正处于经济转轨、社会转型、利益分化、文化多元冲突的特定历史时期,这一时期刑事政策同样面临着转型与调整,从“严打”刑事司法政策到“宽严相济”的刑事司法政策就是历史的必然抉择。但对刑事政策如何适应社会转型,刑事政策转型后的定位问题等都缺乏深入的研究。“宽严相济”的刑事司法政策提出后,数以千计的论文在论证其正当性、合理性,在阐释其意义,在论述其应有的内容和范畴,但鲜有论证其在刑事政策体系中的地位和作用的文章。我想,这不是作者的疏忽,而是对于中国刑事政策的完整体系缺乏了解,所以就出现了盲人摸象的现象,只注重一点而忽视整体,这也极易走向“严打”的错误之路。片面强调“宽”,而忽视了“严”。在犯罪态势并不乐观的情况下,盲目地放弃“严打”所导致的后果可能比“严打”的负面效果更为可怕。“宽严相济”的刑事司法政策在定位上是比较准确的,即定位在刑事司法政策上,而不是总的刑事政策和基本刑事政策上。在我国刑事政策体系中其位阶是十分明确的,即总的刑事政策、基本刑事政策、具体刑事政策。具体刑事政策又分为刑事惩罚政策和社会预防政策。总的刑事政策即社会治安综合治理;基本刑事政策即“打防结合、预防为主”的方针;具体刑事政策中的刑事惩罚政策又可分为刑事立法政策、刑事司法政策、刑事执行政策,很显然,“宽严相济”是刑事司法政策,对于指导刑事司法工作具有直接的意义。但不能把其作为总的刑事政策或基本刑事政策,更不应将其作为惩罚政策的全部。目前学界对其定位有扩张的趋势,甚至欲将其定位在基本刑事政策上,这是不妥当的,其带来的后果可能比“严打”更可怕。

再如,中国“两极化”的刑事政策早在1981年就已经提出来,而且在

^① 卢建平著:《刑事政策与刑法》,中国人民公安大学出版社2004年版,第6页。

1983年“严打集中统一行动”（也称“严打战役”）之前已经取得了一定的成效。后由于片面地强调“严打”而忽略了“两极化”的刑事政策，以致使理论界和实务界都忽略了我国“两极化”的刑事政策。甚至认为我国不存在“两极化”的刑事政策，或认为中国刑事政策应该向“两极化”发展，如蔡道通博士在《刑事法评论》第11卷撰文：把中国刑事政策定位在“抓大放小”；游伟教授在《上海法治报》（2002年10月21日）撰文：《“严打”政策的走向分析》，认为严打应走向两极化；李希惠教授在《检察日报》撰文：《确立“轻轻重重、轻重结合”的刑事政策》。这些观点都认为我国不存在“两极化”的刑事政策。究其原因，理论界对于中国现实的刑事政策研究不够。我国刑事政策的发展，自中华人民共和国成立后有两次成功的转型。中华人民共和国成立之初，镇压反革命、维护新生的人民政权是首要的政治任务，也是刑事政策的首要任务。在镇压反革命中实行的是镇压与宽大相结合的政策。到1956年党的八大明确了党的任务，从大规模的、急风暴雨式的阶级斗争转向社会主义经济建设，专政机关从镇压反革命转向惩治犯罪。由此确立了中国的基本刑事政策，即惩办与宽大相结合，从政治斗争策略转向刑事政策。在1979年我国第一部刑法颁布以前相当长的一个时期内，在没有刑法的情况下，这一刑事政策在与各种犯罪作斗争中发挥了重要作用。但惩办与宽大相结合针对的主要是“已然”之罪，对“未然”之罪涉及甚少。换一句话说，这一政策只是打击犯罪的对策和策略，而不是预防犯罪的对策。因而，在“文化大革命”结束以后，其作用势微，特别是面对大量滋生的青少年犯罪更显得力不从心，无可奈何。面对刑事犯罪中70%—80%左右是青少年犯罪的严峻现实，迫使人们不得不开拓视野，寻求新的犯罪对策。依靠全社会力量，采取多种手段预防犯罪，治理罪犯，教育青少年已成为不可逆转的实践活动。作为这种新的犯罪对策思想的初步总结，集中概括在1978年中共中央批转的《第三次全国治安工作会议纪要》和中共中央1978年制定的58号文件，这两个文件首先提出了新的犯罪对策思想的一些基本原则。1981年中央召开的京、津、沪、穗、汉五大城市治安座谈会上，对新的犯罪对策思想做了高度的概括，在《会议纪要》中明确提出了“全党动手，实行全面‘综合治理’”这一新时期的刑事政策。同时对这一刑事政策做了较详细的阐述：对于极少数杀人犯、放火犯、抢劫犯、强奸犯、爆炸犯以及其他严重危害社会的犯罪行为坚决依法从重从快惩处；对于大量的有轻微违法犯罪行为的人，既不判刑劳改，也不送去劳教，而是要依靠全党、依靠全社会力量，加紧进行教育、感化、挽救工作，预防犯罪；对于一部分现行刑事犯，根据轻

重，区别对待，该劳教的劳教，该逮捕的逮捕，该判刑的判刑。1982年1月中共中央《关于加强政法工作的指示》中再次肯定和强调了“必须加强党的领导，全党动手，认真落实‘综合治理’”的方针，同时指出综合治理的中心环节是青少年教育，综合治理要发挥各方面的作用，要采取思想的、政治的、经济的、行政的、法律的各种措施和多种方式。应当说，这一时期面对严峻的治安形势，我国已经提出了完整的刑事政策，即社会治安综合治理的总政策和“两极化”政策（一方面对少数严重刑事犯罪分子依法从重从快予以惩处；另一方面，对大量有轻微违法犯罪行为的人既不判刑劳改，也不送去劳教，而是着眼于教育、感化、挽救），并在实践中予以执行。但由于社会治安综合治理的刑事政策本身的不成熟和过于粗疏，人们并不能把握和理解，又由于它生长的土壤和条件不具备，因而，在这一具有时代意识和与国际接轨的刑事政策产生后，人们并不适应。不适应是正常的，但不适应并不能成为否认中国刑事政策“两极化”的理由，也不能阻挡中国刑事政策的转型。由以上可见中国社会治安综合治理总的刑事政策和“两极化”政策的提出，标志着我国刑事政策第二次转型的完成和新时期刑事政策的确立。我个人认为从一定程度上说，“宽严相济”刑事司法政策也是我国“两极化”刑事政策的延续和发展，其目的是对片面“严打”的纠偏，恢复“两极化”刑事政策。罗干同志在2005年12月5日至6日召开的全国政法工作会议上的讲话中指出：“对于刑事犯罪区别对待，做到既要有力打击和震慑犯罪，维护法制的严肃性，又要尽可能减少社会对抗，化消极因素为积极因素，实现法律效果和社会效果的统一。”从中国刑事政策的发展历程中我们可以看出，“十年内乱”后我国新时期的刑事政策已经确立，包括中国式的“两极化”刑事政策。我们没有理由再怀疑中国是否存在“两极化”刑事政策；更没有理由去迎合国外的“两极化”刑事政策，而是要为中国“两极化”刑事政策的实现而努力。^①

由此而言，学者们的使命不仅要关注现行刑事政策的合理性及其弊端，

① 国外“两极化”刑事政策也不是绝对的，随着犯罪的态势而变化。在美国刑事政策总的情况是“轻轻重重，以重为主”，“轻轻”是为了更好的实现重重，使司法界腾出力量来对付重罪。北欧诸国刑事政策总的情况是“轻轻重重，以轻为主”，将严打作为轻缓型刑事政策的一种补充，视为对基本刑事政策的一种变通；（参见杨春洗、余诤，《论刑事政策视野中的“严打”》，《人民检察》2001年第12期。）我国“两极化”的刑事政策的趋向是“轻轻重重、以重为主”，这在当前犯罪态势较严峻的状态下是正确的抉择，实践中发挥了政策功能，但未来的走向必然是朝着“轻轻重重、以轻为主”的方向发展。

更要对新时期中国刑事政策完整体系的内涵和价值取向予以关注,系统而充分地阐述新时期刑事政策思想,为刑事政策的实践提供理论支撑,消解实践部门的疑惑,为实践部门正确实施刑事政策指明方向。

三是,我国刑事政策的体系已经基本形成,即总政策(社会治安综合治理)、基本刑事政策(打防结合、预防为主)、具体刑事政策(刑事惩罚方面的政策和犯罪预防方面的政策)。但在实践中,没有按层次准确把握,往往只抓具体政策而忽视甚至放弃总政策。如综合治理是总政策,而“严打”是具体政策,按照位价总政策处于上位,具有指导性,但1983年以后,“严打”政策实际地位不断提高,已经在一定程度上脱离了总政策的指导,导致在实践中“严打”的倾向愈加明显。目前在对“严打”刑事政策的反思中也只是就事论事,而忽视刑事政策体系的研究。

四是,我国刑事政策研究的范式缺少理论上的正当性。刑事政策学是价值判断学,这一特征决定着刑事政策学研究的理论出发点应着力于价值判断,实事求是,讲究规律和实质。而时下我国对于刑事政策学的理论研究却走向了单纯对现行“刑事政策”的注释和解说。这种研究范式的确立严重地制约和影响着刑事政策研究者的理性思维能力的释放,导致对时下刑事政策难以进行科学的论证和分析,提不出较有价值的、可行性的建议,对建立科学地、具有可操作性的刑事政策体系毫无建树。事实上,党和国家的决策层急需对现行的“刑事政策”进行科学的价值分析,以使其更加符合实践的需要,为社会转型期治理犯罪问题提供良方。

五是,我国刑事政策对于刑法改革没有发挥应有的作用。大陆法系刑法发展的历史证明,刑法发展大体经历了古典主义刑法、实证主义刑法,转而进入刑法科学化、现代化阶段。即从启蒙思想的理性思辨到实证主义用经验科学方法完善犯罪学理论体系,使犯罪学具有独立品格。犯罪学成为发达的科学又为刑事政策学奠定了基础,刑事政策学形成完整科学体系的学科后,又指导刑法的改革与发展。简单地说现代刑事法学的发展路径是:犯罪学——刑事政策学——刑法学。这可以被称为刑法发展的技术路径。在中国刑法现代化的研究中恰恰忽略了这一路径。中国近现代刑法发展的历史是从移植到移植,没有实现本土化,更没有经过理性思辨、实证研究等西方刑法发展的全过程。由于实证研究缺乏,犯罪学基础较弱,刑事政策学难以构建理论的平台,导致刑事政策缺少“专业槽”和独立的话语权,难以支撑起理论的大厦,无法指导刑事法律改革。为此,本课题的研究重在系统梳理我国刑事政策体系以回应现实中急需解决的问题,为刑事政策学研究奠定理论基础,为刑法现代化的实现提供技术性支持。

(二)

在刑事政策研究中,由于观察的视角不同,研究的方法不同,站位的角度不同而形成了不同的刑事政策观,或者说不同的刑事政策流派。任何一个研究刑事政策的学者都必须要回应这些问题,这也可以说是从事刑事政策研究的基本立场。

一、广义说与狭义说

在刑事政策研究中,主要有两种观察视角。一种是从广义的刑事政策视角研究刑事政策。如法国、俄罗斯及国内有的学者(马克昌、曲新久、肖扬等);^①一种是从狭义的刑事政策视角研究刑事政策。如日本、台湾地区及国内有的学者(梁根林)。^②由此形成了广义说与狭义说两个不同的流派。广义说与狭义说研究的起点相同都是研究犯罪原因,终极目的也是相同的,都是研究犯罪对策。区别在于研究的视角不同。狭义说是以探求犯罪的原因为依据,批判现存的刑罚制度及其各种相关的制度,从而改善或运用现行的刑罚制度及各有关制度,以期防止犯罪的对策。可见,狭义说的视角是立足于刑事法以内,在刑法以内研究如何运用刑罚,改良刑罚来对付犯罪。广义说的视角不局限于刑法,而是在探求犯罪原因的基础上,超越刑法以外去寻找防止犯罪的对策。可以说一切能够对付犯罪的方法、措施和手段,都是其研究的对象。这就突破了刑法的范畴,从更广的意义上研究应对犯罪的一切对策。其中包括应对犯罪的社会政策,比如说教育、就业等与应对犯罪有关的社会政策。“中国的大多数学者和实际工作者往往倾向于对刑事政策作狭义的理解,即将刑事政策视为惩罚犯罪、保护人民的刑法政策或策略,或等同于党和国家在处理犯罪问题,对待罪犯时

^① 参见法国学者马克·安塞尔著《新刑法理论》,香港天地图书有限公司1989年版;米海依尔·戴尔玛斯——马蒂著《刑事政策的主要体系》,法律出版社2000年版;俄罗斯学者谢尔盖·谢苗诺维奇·博斯霍洛夫著《刑事政策的基础》,郑州大学出版社2002年版;我国学者马克昌主编《中国刑事政策学》,武汉大学出版社1992年版;肖扬主编《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社1996年版社;曲新久著《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版。

^② 参见日本学者大谷实著,黎宏译《刑事政策学》,法律出版社2000年版;台湾地区学者张甘妹著《刑事政策》,台湾三民书局股份有限公司1979年版;梁根林著《刑事政策立场与范畴》,法律出版社2005年版。

一些具体的政策措施。这种狭隘的刑事政策观不仅妨碍我国与国际学术界的交流和对话,阻碍了我国刑事政策学研究的发展和兴旺,而且也不利于我国科学、合理的刑事政策的制定与实行。”^①我本人倾向于广义说,本课题的研究视角即采广义说。广义说既符合刑事政策的原意,也符合刑事政策的发展规律,更符合中国刑事政策的实际。

1. 广义说符合刑事政策的原意

刑事政策简单地说就是犯罪对策,从这个视角来看,国家预防和惩罚犯罪的一切手段和方法都应该称为犯罪的对策,即刑事政策。刑事政策主要包括两部分内容,一是刑罚惩罚的方法,二是社会预防的方法。如果我们仅从刑罚的角度进行研究,就不可能包括社会预防的方法。而在一定程度上说,从20世纪50年代以来,刑事政策主要是寻求社会预防的方法,而不是刑罚方面的方法。我们国家提出的刑事政策,也是在注重社会预防的方法,比如,我们国家提出的“打防结合,预防为主”的基本刑事政策。“打”实际上主要是动用刑罚方法。“防”更主要的是社会预防方法。“打防结合、预防为主”。谁是主要的方面,预防是主要的。所以从刑事政策原意来理解,我认为广义说是符合它的原意。

2. 广义说符合刑事政策的发展规律

刑事政策这一概念是在十九世纪由德国刑法学家费尔巴哈提出来的。他认为刑事政策是立法国家的智慧和技术。也就是说国家制定刑法时的思想或者技术,他仅仅是在刑法角度谈刑事政策的问题。到了19世纪末,很多资本主义国家已经建立起来,由于资本主义社会的矛盾激化,犯罪率大量上升,青少年犯罪突出。大量的犯罪问题出现了,但是古典学派的刑法学家并没有能力解决社会上的犯罪问题。于是,一个从对犯罪进行实证分析为主要研究方法的学派出现了,这就是以龙勃罗梭、菲利、加罗法洛为代表的刑事实证学派。他们试图运用自然科学的方法,实证分析的方法研究犯罪的原因,并针对犯罪原因寻找犯罪的对策。刑事实证学派的研究使我们认识犯罪的角度发生了变化。这些变化集中体现在刑事古典学派(也称旧派)和刑事实证学派(也称新派)学说相区别的五个方面:^②(1)旧派基于意思自由说,新派以意思必至为根据。前者是形而上学的,后者是

^① 卢建平著:《刑事政策与刑法》,中国人民公安大学出版社2004年版,第131页。

^② 日本学者久礼田益喜将旧派与新派的主要分歧归纳为五个方面。参见马克昌主编《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第145页。