西北法律评论

第员卷

主　编　贾　宇　　副主编　李永宁

陕西人民出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

《西北法律评论》编委会

主　任　　贾　宇

委　员　(按姓氏笔画排列)

王　健　　王　瀚　　王周户　　李永宁　　杨宗科

汪世荣　　贾　宇　　郭　捷　　高在敏　　黄　河

强　力　　韩　松　　董和平

分学科编辑

法理学	刘治斌
宪法、行政法学	王　麟
民商法学	姜战军
经济法学	李永宁
刑法学	舒洪水
国际法学	刘亚军
法律史学	余　辉

发　刊　词

梁任公曾言，学术乃天下之公器耳。学术者，博学而有术是也。凡大千万象，皆含义理，尽可自成术业，大到经天纬地政事之参详，小至煮酒烹鲜论道之遐思，皆需学养，细而思之，俱为术业。何谓学术，前人杂谈百端，或可认为以专业的角度看待问题并以专业的语言表达思考。学术研究贵在“专业”、“有术”。那么，所谓法律的学术研究，实际上也就是指以法律的学科思维去分析法律现象，并以法言法语表达有关法律的思考。

学术本身的规律性、自主性和公共性，就决定了学术研究活动的规范性和严肃性。学术活动的规范性主要体现在学术研究中基于事物内在理路，由专业思维和专业术语所确立的话语系统，并在此基础上形成了专业领域内一个规范的交流平台——学术刊物。学术的公共性，要求学术成果得到播扬和交流。学术刊物就是展现学术成果的规范载体，也是推动学术创新、传播思想的园地。学术活动的严肃性主要体现在学术研究从业者的学术素养上，学术活动并非神秘莫测，也没有身份排斥的门槛，但也并非人皆可以入堂奥、随意置身，而是需要一定的专业素养，通常都是那些长期从事某一领域知识学习和研究的人，具有了扎实全面的知识储备，并领受了“学院式”学术氛围的熏陶。

学术本身并无际域疆界之分别，但学者却有地域乡土之情结。学术研究是一项主体性较强的智力劳动，学术成果不仅仅是理性思考和智力创造的客观描述，更是学者内在的学术兴致和学术情绪的自然表达。可以说，学者对某一课题的钟情，不仅受到研究方向和专业知识的牵系，也会受到其个人兴趣和心理情结的影响。其中为我们所知的，有费孝通的“乡土情结”和李约瑟的“中国情结”。学者本身的地域情结，在客观上常常会造成学术研究上的某种特色。曾有外国刑法学领域的“意大利学派”，中国曾有“陕

派律学”，同样都为学界所津津乐道。

在当今中国法学界，也存在着为人们所深深眷依的历史情结和地域情结。西北地区虽然地处边远，但却具有丰富的历史资源，有着沉蕴的文化传统，西北地区的法律学人延承了周秦汉唐以来的治学风习，淳朴豪放而又严谨执著，刚烈的学人性格与刚性的法律品格具有天然的契合。在西北地区，几代法律学人兢兢业业、甘于寂寞、孜孜以求，献身于祖国的法律教育和研究事业，在夏商西周法制史、刑法学与法律理论等多个领域的研究中处于国内或国际领先的地位，创造了具有西北特色的学术气象，繁荣了祖国的法律教育和研究事业。

西北政法大学地处祖国西北，坐落在古城西安，是我国最早建立的法律类专业院校之一，也是我国从事法律教育和法学研究的重要基地。有一批法律学者在这里辛勤耕耘，默默奉献。为了集中展现法律研究的西北特色，为西北以至全国的法律教育和学术研究事业添一份力量，学校决定创办《西北法律评论》。起步匆匆，文章的质量、特色也许不尽如人意，但我们相信，只要执著地向着既定的目标走下去，这本刊物一定会成为一株挺拔的、结满法学研究丰硕果实的大树。

目　录

【法学讲坛】
和谐社会中的犯罪预防与控制对策…… 贾　宇（员）
【理论法学】
作为政治体制的法治…… 严存生（员源
科学执政之理性观…… 管　华（猿远
法律在构建和谐社会中的协调作用…… 孙振中（源愿
论法律义务冲突的解决…… 钱大军（缘愿
【部门法学】
我国行政法学方法论之变迁…… 徐文星（远缘
国家赔偿归责原则的反思与重构…… 安子明（苑猿
行政诉讼原告资格之限制与保护…… 王周户（愿愿
社会法的挑战
——由社会法引出的一些法理问题…… 刘水林（员远
民事举证责任分配的自由裁量探究…… 董少谋（员圆
法国民事责任制度现状及法典的重新编纂…… 谢　晓（员猿
传统的刑法文化与当代的刑事政策
——对我国“综合治理”刑事政策文化渊源的考察…… 付玉明（员源
中国建立辩诉交易制度之前瞻…… 高珊琦（员缘
试析刑事被害人权利保护立法之不足…… 许　志（员远
国际货物贸易中的知识产权权利担保
——以 悦赫郧第 源圆条为视角 …… 李　雯（员苑
【比较法学】
国际航空运输法律适用问题比较研究…… 王　瀚　孙玉超（员圆
台湾地区“刑法”中的商标犯罪及其与大陆刑法之比较…… 冯卫国（圆源
【法学新探】
器官移植术开展中存在的法律问题、分析与对策…… 宋儒亮（圆猿
数字图书馆侵权问题分析…… 王爱霞（圆缘
生态利益补偿的必要性及补偿的具体方式研究…… 李集合　张　力（圆远

需要全本请访问 www.ertongbook.com

【法律史学】

陕甘宁边区司法机关处理婚姻纠纷的几项变通原则…… 吕　虹（圆苑）

从野蛮走向文明

——沈家本与中国刑罚近代化…… 高学强（圆缘）

《唐律》系列罪名立法技术探析

——兼评我国现行刑法系列罪名立法技术…… 许富仁（圆圆）

【法学书评】

商法言述中的启蒙之光

——读高在敏教授《商法的理念与理念的商法》…… 刘进田（圆然）

【法学讲坛】

和谐社会中的犯罪预防与控制对策*

贾　宇

我今天下午的讲演是关于和谐社会中的犯罪预防与控制对策。第一部分我简单讲一下犯罪对社会的影响和危害；然后对“严刑峻法”在惩治犯罪中的作用略做分析，包括对 [illegible] 年来“严打”的效果做些考察；最后一个部分对综合治理政策，具体的政策手段，谈点儿意见。

一、犯罪现象是和谐社会中的不和谐音符

现在我们国家要建设社会主义和谐社会。从国家的大政方针和治国之道来说，体现了中央在认识方面的重大发展。在提出“和谐社会”这个概念之前，我们花了 [illegible] 多年的时间，重点抓经济建设，现在“经济建设”仍然是我们一切工作的重心，与此同时提出了我们要建设社会主义和谐社会。和谐社会的要求是方方面面的，就整个社会状态而言，和谐社会应是安宁祥和的；从政治学角度看，我们所说的“和谐社会”，首先应该是指人们行为上的“和谐”，在思想上我们一贯主张“百家争鸣、百花齐放”和“解放思想”，而这种行为上的“和谐”需要一套在社会上具有权威公信的行为模式来规范和引导，这里最有效的规范机制就是法律。也就是说，我们现今所要创建的“和谐社会”实际上就是社会主义法治社会；从刑法学和犯罪学的角度来说，在和谐社会中犯罪率应该是有所下降的，人民的生命财产应该是获得有效保障而且生活是安宁的。因此，我们必须减少和控制犯罪率的上涨，这是建设社会主义和谐社会的题中之意。但众所周知，目前我们国家的犯罪有这样两个方面比较严重的问题：

（一）严重的刑事犯罪影响社会安定，破坏人民的安全感，降低社会的幸福指数

所谓“严重的刑事犯罪”，一般而言，指杀人、放火、抢劫、强奸、绑架等严重危及人民生命权、健康权和财产权的犯罪。这类犯罪，犯罪率呈上升的态势。由于社会越来越公开化、透明化，发生什么样的刑事案件我们从各种各样的媒体中都可以得知。从这些媒体中我们可以看到，这类犯罪非常严重，近期西安媒体炒得较热的是暴力袭警事件，一些社会上的违法犯罪分子公然与警察对抗，他们在实施违法犯罪活动时受到警察的制止便使用暴力袭击。一些违规运营的中巴车，司乘人员不遵守交通规则，不服从交警管理，在警察来纠正违章时开车逃跑，并且把警车逼到栏杆上造成警察重伤。前两天在火车站，又有一群人袭击警察。在这种情况下，大家会感到不安宁。有些刑事犯罪分

* 本文是贾宇教授在陕西省社会科学学会联合会“三秦社科讲坛”的讲演整理稿。

子进行盗窃，盗窃不成被发现便回头威吓，公然抢劫，采取暴力袭击，这让市民们的安全和财产权利受到一定的威胁。从这个视角来看，“和谐社会”是一个目标，还没有达到理想状态。

(二) 严重的贪污受贿等腐败犯罪，影响着国家政权的稳定，影响人民对于国家政权的信心

我们的政府、我们的党中央，在领导全国人民搞社会主义经济建设，搞经济体制改革这方面，近二十年来取得了很大成绩。我们中国历史上从未出现过持续 圆园年这么高的经济增长率，世界历史上也没有。当然就现状而言，我们与美国、欧洲发达国家有很大距离，但就发展速度和未来潜力而言我们具有较大优势，即使发展较好的欧洲国家也仅以 猿豫～源豫的速度增长，我们则以 愿豫～员园豫的速度持续十多年增长，以至于世界上某些不太友好的人士提出了所谓的“中国威胁论”，说中国会成为世界安全的威胁。我们经济的快速增长已引起某些国家的不安。所以经济方面的成就是显而易见的。但在治理腐败犯罪方面，在我们党自己治理干部队伍或用古人的说法——“吏治”方面，目前存在一些难题。贪污腐败行为比较严重，表现为经济犯罪人数上升，犯罪率上升。往前追溯，圆园世纪 愿园年代我们讲反腐败，当时人民群众有意见，说司法机关“只打苍蝇，不打老虎”，后来随着反腐败力度的加大，开始有成千的县团级干部被抓起来判刑，还不行，成百的厅局级干部，近年来成几十名省级干部，最后达到国家领导人这一级 (成克杰是副委员长，属于国家领导人)，而且打击力度也非常大，胡长清、成克杰都被判了死刑。他们的案子下来是几百万、几千万。现在发生的案子动辄几千万、上亿，从媒体上都可得知，这个犯罪率也在上升。

严重的刑事犯罪和严重的贪污受贿腐败犯罪这两大类犯罪形成社会中刺耳的不和谐音符。如果说我们要“两条腿走路”，社会要和谐发展，这方面问题不解决，会带给我们很大的困扰。它不仅仅是犯罪的问题，还存在整个社会的心理平衡问题，社会民众的心理健康问题，所以这些问题是必须予以关注的。对于这样严重的刑事犯罪、贪污受贿等腐败犯罪，一般社会公众，包括一些决策者，注意力都放在严厉打击，加强打击力度上，这是应该的，但这是不是解决犯罪预防和控制问题的正确、全面、有效的对策？我个人的看法是，仅仅严厉打击，还不足以有效地解决这个问题。

二、严刑峻法不足以从根本上遏制犯罪

“治乱世用重典”是中国的一种传统的刑法文化，历朝历代的统治者都曾讲过。“治乱世用重典”渊源于战国时期思想家“三国三典”的理论，即“刑新国用轻典”，治理新的国家用轻缓的刑罚，以体现统治者的宽怀、大度、慈悲和对人民的人文关怀，旨在取得巩固政权的社会效果；“刑平国用中典”，治理比较平和的社会用不轻不重的刑罚；“刑乱国用重典”，更通俗的说法就是“治乱世用重典”，治理混乱的社会用严刑峻法，这种观念为普通老百姓所理解，也为历朝历代的统治者所推崇，以致一直延续到现代，甚至演绎成为我们国家推行“严打”政策的一个理论基础。“严打”全称为“严厉打击严重危害社会治安的犯罪分子”，是 愿园年代初提出来的。那时“文化大革命”刚刚结束，社会比较乱，打群架、流氓、盗窃、抢夺等各种犯罪都比较严重。中央决定通过

“严打”形成对犯罪的高压态势，来减少和控制犯罪。因此，“治乱世用重典”事实上是我国“严打”的理论基础。但是“治乱世用重典”这个理论到底是不是科学的、有效的？

（一）重典治不了乱世，重刑也吓不住重罪

要解决问题，首先是要找到导致这个问题产生的原因，如果所采取的措施针对的不是导致这种结果发生的原因，这种措施就可能是无效的。为什么“乱世”并非“轻典”所导致？犯罪学理论的研究表明，犯罪是一种非常复杂的社会现象，它的发生、变化是有其本身的规律的，是社会政治、经济、文化、社会环境，甚至地理、气候、人的心理、生理等各种因素综合发生作用而导致的，原因很复杂，不是简单的某一个原因所导致的，更不能片面地说“判刑轻了，很多人就犯罪；判刑重了，很多人就不犯罪。”犯罪学告诉我们犯罪规律不是这样的。古人讲：“饱暖思淫欲，饥寒生盗贼”，这可以用来解释某些犯罪的原因。“饥寒生盗贼”在任何时代都是有道理的。但饥寒就一定生盗贼吗？饥寒之人就都去犯罪吗？那也不一定。古人又讲“威武不能屈，贫贱不能移”，“柳下惠坐怀而不乱”，你能说有一定的条件、环境，人就会去犯罪吗？这说明每个个体的价值观、人生观、自控能力很重要，直接影响到某些犯罪的发生或不发生。所以不能把经济问题说成是唯一的原因，但又不能不承认经济问题是个原因之一，我们不能把个别的原因说成是所有的原因，但也不能不承认个别原因在犯罪中所发挥的作用。比如一提到青少年犯罪的原因，就是父母离异，社区环境不好，等等，从现象上看确实存在，现在在社会上流浪的一些儿童，很多都是家庭不幸的。但家庭不幸的孩子是不是就一定要去做坏事？不一定。又如，西方研究还有更复杂的理论，诸如气候与犯罪之间的关系。一般的统计数据显示，到夏天天气热了，强奸犯罪率会上升；到冬天天气冷了，盗窃犯罪率就上升，这在各个国家各个地方都很普遍，为什么？天热了，人的荷尔蒙分泌旺盛，犯罪人本能地容易产生一些欲念；另外一方面，从受害人的角度来说，夏天有些女性穿着比较暴露，又不注意自我保护，比如一个人到比较偏僻的地方去散步、乘凉，一些犯罪嫌疑人头脑发热，就可能作出一些非理性的行为来，构成犯罪。至于盗窃犯罪率为什么会在冬季上升？这也是很好理解的。冬天万物凋零，能做的活少了，工作机会少了，物产不丰富了。一些人可能会因“饥寒”铤而走险，盗窃犯罪率自然就上升。所以犯罪的原因是非常复杂的，对于这些非常复杂的原因所导致的犯罪现象，我们用简单的刑罚的轻或重来遏制的话，就达不到我们所希望的结果。清末的修律大臣沈家本先生有一段非常精彩的话：“苟不能化其心，而专任刑罚，民失义方，动罹刑纲，求世休和，焉可得哉？”“上之人不知本源之务，而徒欲下之人不为非也。于是重其刑诛谓可止奸而禁暴，究之奸能止乎？暴能禁乎？朝治而暮犯，暮治而晨亦如之，尸未移而人为继踵，治愈重而犯愈多”，“见重刑之无效，治世之道当探其源也”。“化民之道，固在政教，不在刑威也”。意思是如果不能教化他的人心，专门依靠刑罚，人民失掉自己基本的道德心、羞耻心，动不动就陷入到刑网里、牢狱里，那么怎么可能求得社会稳定安宁呢？沈家本批评当时的决策者不知道在根子上下工夫，不知道问题的实质、基础性东西在哪？根源在哪？而想当然地希望下面的人不要为非作歹，不要违法犯罪，于是倚重强调刑罚、死刑，说可以止奸禁暴。进一步来判断，奸能止乎？暴能禁乎？都是做不到的。结

果是什么呢？结果是“朝治而暮犯，暮治而晨亦如之”，早上治理了，下午又来了，下午处罚了，明天早晨又发生了。“尸未移而人为继踵”，判死刑的人尸体还没抬走，该杀的人又来了。“治愈重而犯愈多”，打击的越严厉，刑事犯罪就越多。最后的结论是：“见重刑之无效，治世之道当探其源也”。“化民之道，固在政教，不在刑威也”。教育人民的根本在于政治教化，而不是依靠严刑峻法去把人吓住。他说得非常精彩。沈家本是在《九朝律考》中对九个朝代的刑律考察之后得出这样的结论。

(二) 重刑只可能对重犯产生威慑效果，而重犯不一定惧怕重刑

在封建时代，统治者通过公开执行死刑甚至渲染行刑过程，以图达到对公众的教育、威慑作用，但是，“重刑只可能对重犯产生威慑效果，而对非严重犯罪预防作用不大。”据史书记载，在欧洲中世纪的执行死刑现场，每执行一个死刑就像在过一个盛大的节日，广场上人山人海，但不难发现一个非常有趣的现象，像经典的作家们描述的那样：在人山人海观看执行死刑的现场，“总有一些人在人群中兢兢业业地从事着他们古老的职业。”这些人指的是小偷，在执行罪犯绞刑的同时，小偷在人群中兢兢业业地进行偷窃。这样的现象在我们国家也有，[illegible]世纪[illegible]年代“严打”时，判死刑、判重刑搞万人大会，就是在这样的大会会场里往往有很多人就丢了东西，小偷照偷不误。这说明了什么问题？重刑只可能对重犯产生威慑效果，对普通的盗窃等轻微犯罪是没有威慑力的。为什么在执行死刑现场小偷还在偷东西？因为他的盗窃行为与死刑之间不存在多少联系，他知道被判死刑的都是杀人犯、抢劫犯、强奸犯、放火犯、爆炸犯、危害国家安全的犯罪分子，成百万、成千万的盗窃犯罪分子。因此重刑对这些人没有威慑力，重刑只可能对重犯产生威慑力。

即使重刑可能对重犯产生威慑力，那么客观上能不能对重犯产生威慑力呢？我们对犯重罪的人简单的做点儿类型化分析，故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪、爆炸罪、投放危险物质罪、决水罪，危害国家安全的背叛国家罪、投敌叛变罪、间谍罪、资敌罪等罪行、严重的贪污受贿等腐败犯罪，可能被判处[illegible]年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。这些犯罪从行为人类型上可以进行多种划分：

第一种——激情犯，是指在情绪激烈的场合一时失控导致不择手段、不顾后果的犯罪行为，表现最多的是故意杀人。为什么杀人呢？原因很复杂，其中很多故意杀人只是由于民事纠纷矛盾激化而导致的。我们国家是农业社会，大量的故意杀人犯都是农村里的普普通通的农民，平时表现不错，不像很多流窜作案的犯罪分子。但到最后却沦为故意杀人犯。为什么？因为农村是一个相对封闭的社会，人和人的接触、人口流动很有限，在很小的环境里，一旦发生矛盾发生冲突，就容易激化。常见的是，比如说，邻居因为盖房，你家水漏到我家墙根，我家的羊啃了你家的树皮，你家的牛又踩了我家的麦地。就为这些鸡毛蒜皮的事情，一旦发生冲突，疙瘩就很难解开。这种矛盾越积越深，今天我瞪你一眼，明天你骂我一句，后天你一拳，大后天我就一脚，再后来，你拿棍子我就拿刀子，到最后激化成一个点，发生杀人案件。这些人知不知道杀人偿命？他是知道的，也是清楚的。所以大量的诸如这般的犯罪人被判死刑，判重刑，被杀掉，但如果想通过杀掉这样一个激情犯来教育以后的其他人不再犯这样的罪，目的很难达到。以后在这样的场合、环境下，这样的犯罪还可能发生。

第二种——情景犯，比如说顺手牵羊的财物犯罪。前几天我看电视，电视内容是一个很有趣的游戏，在大街上放一个纸盒子，上边写里面有多少钱，然后在远处偷拍，看路过的人是怎样的表现。有的人看一看就走了；有的人看一看，拿脚踢一踢，动一动不敢确信又走了；有的人把它拿起来，看一看又放下来；有的人看周围没人就悄悄拿着走了。这是环境条件对人的一种诱惑，有些人就很能控制自己，有些人就很难把持。譬如说顺手牵羊这种盗窃犯罪，还譬如说强奸犯罪，有的人本身并不是预谋强奸，无事游荡，这时一个很柔弱的女子，穿着又很暴露，周围也没有旁人，那么他一旦产生犯罪欲念，就很难自我打消。由于一定的情景诱发犯罪意图，这种犯罪主要发生于情境的刺激，很难通过惩罚这个人遏制以后的其他人不要再犯这种罪。

第三种——确信犯，就是出于政治、宗教原因犯罪的人，任何国家任何时代都有政治犯。与现政权相对抗的，反对现行政权和现行法律的一些人，内心有某种确信、理念和认识，在刑法理论上我们把他叫做“确信犯”。不像其他刑事犯罪人，知道杀人是违法的，盗窃是丢人的，只是在别人不发现的情况下愿意做。而作为确信犯，例如政治犯罪人，往往内心非常顽固，因为他有自己的认识，认为自己是正确的、先进的，认为反对现行政权、现行法律是在推动社会的进步，是在为它人谋福利等等。无论什么朝代，对这种确信犯的惩罚，严刑峻法很难从根本上减少以后同样的犯罪行为的产生，而恰恰我们对这部分犯罪设定了很高的刑罚。我现在分析的不是刑罚高低对或不对，只是说严刑峻法对我们所期望它发生的效果——“杀一儆百”是非常有限的。

第四种——白领（宰[illegible]）犯罪，贪污腐败犯罪就是白领犯罪。这是西方犯罪学的一个概念，它是相对于蓝领（[illegible]）而言，后来引用到犯罪学上，蓝领犯罪多指的是暴力犯罪，而白领犯罪则多指的是智力的犯罪、高智商的犯罪。贪污、受贿、盗窃商业机密、侵占他人、公私财产等属于白领犯罪。这些人文化程度较高，受教育较多，对刑法也容易理解，同时也最可能进行自我行为测估：我的行为会带来什么样的价值，会被判处什么样的刑罚，按通常理解，他们最有可能受到重刑的威慑。刑罚的规定或以前同样案件的判处对这些人的犯罪动机应该是一种威慑，一种制止。但为什么客观上效果不行呢，为什么治愈重而犯愈多呢？为什么贪官污吏“层出不穷、前赴后继”呢？其实，根本原因不在于刑罚重或不重，而在于刑罚的必然性、必定性不足。犯罪与受到刑罚之间没有必然的强有力的因果联系。例如，有[illegible]人贪污，是抓住了[illegible]个人然后判他们死刑，能够威慑到剩下的[illegible]个人呢？还是抓住[illegible]个人都不判死刑，剩下的[illegible]个人可能就不敢再犯呢？判断是显而易见的。很多人犯罪，是带有强烈的侥幸心理，认为刑罚根本落不到他头上。这样的心理状态与我们的破案效率不高有一定关系。我们惩罚的比率很低，降低了刑罚的威慑效力。对于这些行为人来说，最重要的不是严刑峻法，而是使得刑罚成为他们犯罪的必然结果。当然，百分之百的惩罚很难做到，但尽可能高、尽可能多的受到惩罚，经过努力还是可以做到的。这样才能达到预防和威慑犯罪人的目的。

第五种——亡命徒。就像湖南的张君、西安的魏振海，具有强烈的反社会情绪和典型的暴力犯罪倾向。这样的犯罪人多已经有命案在身，或者有一系列的犯罪行为，他完全与社会相对抗，成为社会的敌人。他知道被抓住必有一死，因此不会因为其他犯罪人

需要全本请访问 www.ertongbook.com

被判处重刑而受到警醒，或者幡然悔悟、收手从良，这样的犯罪人不会轻易主动停止犯罪，其犯罪通常截止在受到法律处罚之时。所以企图以重刑威慑，对这部分人也没有用处。

那么将以上犯罪人类型排除之后，剩下的就是一般犯罪人了，这样的人判不了死刑他明白，判不了重刑他也明白，威慑不住他。这从实践上来看就是这样的。也就是为什么我们的严打持续了 圆园多年社会治安形势没有根本性好转的原因所在。

(三) 对我国近 圆园年“严打”的实际效果考察

(员) 首先我要说明一点，我们现在不是乱世，圆园世纪 愿园年代初“严打”时，我们从现在的角度看，也不是什么乱世，当时有严重的社会治安问题，有某些方面的犯罪率的上升，但是谈不上是乱世，因此也谈不上用不用重典。当时的社会背景是“文化大革命”刚刚结束，整个社会的心理比较乱。另外，知青返城也带来了一些社会问题。“文化大革命”期间有一些青年初高中毕业后下放到农村去锻炼，也有很多的知青下乡劳动。“文化大革命”一结束，这些青年人都返城了，返城之后有一小部分人考上了大学，剩下的相当一部分闲在家里，这些人精力充沛，没有工作、没有书读，无所事事，感到前途渺茫，因此就出现了其中的一些在 员怨愿园年严打中被称为“流氓犯罪集团”的这样的群体。实际上，根据我的研究，有些根本谈不上犯罪集团或团体，至多算是落后群体，但这些人的行为给社会民众心理带来的影响较大，让人感觉很乱，出门不安全。此时，进行治理和惩治是对的，但要把它说成是个乱世是不合适的。现阶段严重的刑事犯罪率是比较高的，贪污腐败犯罪也比较严重，能不能因此就说我们现在是乱世呢？也不能。我们的社会在转型，从计划经济向市场经济，从高度集中的社会管理体制到相对民主开放自由的社会体制转型。在转型过程中发生某些方面的犯罪率上升是很正常的，实际上，像美国、欧洲等比较成熟的法治社会，它的刑事犯罪率也是很高的，黑社会很严重，意大利黑手党在世界上都是臭名昭著的。我们现在是存在一些严重的刑事犯罪，但并不能说明我们现在是乱世，我们要对现在的时代有一个正确的认识。

(圆) 总的说来，治安形势在好转，但并不一定与“严打”存在直接因果关系。现在，某些犯罪比 圆园世纪 愿园年代初严打的时候是少了，社会治安的形势是好转了，但是不能简单归结为严打的功劳。为什么呢？我们应该注意到，严打斗争在进行的同时，整个社会都在发展，社会情况在发生变化，罪犯情况和根源也在发生变化。例如某些犯罪的减少，从根本上说是缘于整个社会的变化，而不是简单的打击的问题。轻典重典与治世从根本上说没有什么关系，犯罪本身有它自己的规律。比如说，圆园世纪 愿园年代初那些流氓犯罪团伙，聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女等，那些犯罪现象现在少了，几乎没有了。为什么？社会发生变化了，年轻人有工作做了，有书读了。大学的升学率达到 缘园豫 ~ 远园豫以上，有些城市达到 苑园豫 ~ 愿园豫。这个年龄段的人有书读了，大学毕业后也许不能马上找到工作或找到好的工作，但他的素质提高了，而且他可以再进修再提高，就业途径也拓宽了。因此某些犯罪率的下降不一定是严打的结果，而是社会发展的结果。

(猿) 严重危害社会治安的犯罪和严重的腐败犯罪一直呈上升趋势。严打应该是打击严厉的刑事犯罪，比如杀人放火。现在这些犯罪有增加的趋势，甚至类似黑社会组织也

出现了。20世纪90年代极少有持枪犯罪的，现在不但出现了持枪行凶杀人，还出现了持枪抢劫银行，甚至出现了与警察持枪对峙！系列杀人案、系列抢劫案等等。这种恶性案件出现了，黑社会性质的犯罪案件出现了；贪污犯罪案件涉案的官员级别越来越高，比如成克杰、胡长清、李嘉廷等高官，所以可以看出严打对这类犯罪，没有起多大作用。我们所期望的治理效果没有发挥出来。

（2）刑罚趋轻化的某些犯罪，发案率并未上升。我们对某些犯罪的刑罚减轻了，按一般人的理解，犯罪率相应的应该上升，但是没有。举个例子，1979年刑法中盗窃罪没有规定死刑，1982年增设了死刑，1997年修改刑法保留了死刑，那么盗窃罪为什么一开始没有死刑呢？我们的立法者考虑盗窃就是偷东西啊，它跟杀人不能相提并论，它与剥夺人的生命的犯罪是不一样的。但是后来盗窃犯罪很严重，金额很大，为了威慑盗窃犯罪，给盗窃罪规定了死刑。规定了死刑之后，什么样的盗窃可以判死刑呢？盗窃是个财产犯罪，当然就按数额来判，后来最高人民法院出了个司法解释：数额巨大的可以判死刑，3万元以上就算巨大。以致有些人就因为盗窃3万元就被判了死刑，每年各省因为盗窃犯罪被判死刑的占了很大比例。到1997年刑法修改的时候，在修改的过程中，参与立法的刑法学家们有一个主张，认为我们的刑法中死刑太多了，在世界上受到批评，效果也不一定好，主张要减少死刑。但是在最后修改的时候，全国人大常委会定的调子是死刑不增不减，但是全国人大在立法的时候由于受到学者的影响，对两处的死刑做了修改。一个是故意伤害罪，故意伤害以特别残忍的方法致使他人伤残、死亡的，可以判处死刑。把这个限定了以后，那么一般的故意伤害就不再判死刑了。为什么做这个限定，这也有一个过程，最早故意伤害也没有死刑，杀人也不过是死刑，伤害怎么能用死刑呢？但是实践中出现了很多恶性的案子，犯罪人非常残忍地把人家眼睛抠出来，脚筋挑断，四肢连根砍掉，被害人生不如死。不少人主张“这样的伤害还不判死刑，这比杀人还残忍”！所以刑法就增加了死刑，情节特别严重的伤害要判死刑。这一增加就收不住了，因为法律总不能说挖眼睛的挑脚筋的砍四肢的要判死刑，不能这样写啊。只能说手段比较残忍后果严重的判，一旦这样写，下面理解就不一样了。一棍子把人打倒了，颅内出血死了。法官说情节严重，一棍子就把人头打烂了，不严重吗？还不残忍吗？譬如说打了十几棍子，不残忍吗？白天伤害说“光天化日”，晚上犯罪说是“月黑风高”，没有不严重的，没有不残忍的！这样界限就没办法一致了，所以口子很大，这次刑法修改就做了限定。盗窃罪也做了一个限定，这个限定就很有意义，说有下列情形的可以判无期徒刑或者死刑，规定了两条：盗窃金融机构，数额特别巨大的可以判死刑；另一条，盗窃珍贵文物，情节严重的可以判死刑，没有其他的了。那就意味着只有这两种情形可以适用死刑，这就废除了对于一般盗窃罪的死刑。人家偷东西，只要不是偷银行，就是偷上百万上千万也没有死刑了。这个时候就有实质上的意义，这一条的修改从1997年到现在，10年内我估计起码有几千人把命留下来了。回过头我们再来考察，这样做对于犯罪率的影响是什么？按照一般预防、特殊预防的理论，那就应该是刑期下来了，犯罪率就应该大规模上升。反正没有死刑了，那就放开去偷。但事实上，并没有出现天下大偷的混乱局面。为什么不去呢？为什么没有增加呢？这几年我在法院、检察院、公安机关做调查，我问这几年重大盗窃的犯罪率有没有明显上升？他们说没有啊，

还是那样，该偷的还偷，不偷的还不偷。那说明什么问题呢？那就是犯罪有自己的规律，犯罪和刑罚特别是重刑之间没有什么必然的比例关系。

综上四点，说明从严打的实际效果来说，严打并没有发挥应有的我们所期待的明显的效果。那怎么办呢？仅靠严打不足以治本，现在我们的死刑在世界上是最多的，死刑罪名是 个，仅次于我们的死刑设置数量居于亚军的国家也只有十几个死刑罪名。判处死刑实际执行的数量，按照大赦国际和联合国有些组织的说法，世界上每年有 多例死刑判例，而我国一家就占了 多。我们不能再增加死刑，增加严刑峻法来解决问题了。更何况，根据我们的上述分析，严刑峻法没有效果，达不到立法的目的。但是有一个目的可以达到，叫做不杀不足以平民愤。这个目的可以达到，但是我们的法律不是为了这个目的，不是为了给受害人报仇。我们的法律是为了减少类似犯罪再发生，为了教育他人，我们的目的是这个。

三、犯罪综合治理政策——最好的社会政策就是最好的刑事政策

“最好的社会政策就是最好的刑事政策。”这是德国著名刑法学家李斯特提出的。因为犯罪现象是一种社会现象，所谓的刑事政策就是国家对付犯罪的基本方略，也是一个全面的社会政策，这个政策就是综合治理。党和国家一直在讲综合治理，但我想指出的是，过去我们总是强调对社会治安的综合治理，也就是对于杀人、放火、抢劫、强奸这些治安犯罪的综合治理，而实际上所有的犯罪都需要综合治理——包括政治犯罪、腐败犯罪、经济犯罪。也许不能立竿见影，但它是治本之策，而非治标之策。具体来说，综合治理的办法包括哪些方面呢？我想突出的有这么几个方面：

(一) 努力推动全国经济的相对平衡、协调发展

这是一个非常大的问题，我举两个例子。南方某市，社会经济发展在全国名列前茅，都市人生活条件好，素质也非常高，但是恶性犯罪的发生率在全国也是数一数二的。据新闻报道，抢劫大货柜 (能装下好几辆小汽车的大货柜) 的犯罪在某市非常严重，犯罪集团拿着枪去抢劫，有的把司机和押车的都打死了，警察去侦察埋伏抓捕，他们就和警察火拼，公安人员的生命安全都没有保障，最后个别案件的情形就是罪犯被警察围起来，认为必要时将犯罪嫌疑人开枪全部击毙，像战争状态而完全不像和平时期打击犯罪。这种情况足以说明犯罪分子有多猖獗，治理犯罪面临的形势有多严峻！这种问题是怎么导致的？就是因为那地方跟内地有些地区的差别太大。一个地方一发达就会吸引很多人去，这个地方的人生活富足，而后进来的人呢，衣食两忧，居无定所，眼见这种差距，心理就会失衡，犯罪就会增加。再举一个例子，个别省份来的那些小孩盗窃团伙。当然，这个现象不仅在我们西安有，广州、上海、全国其他各大省会城市也有。各城市拿这个现象没办法，小孩抓起来就得放，既判不了刑又关不了他，而要抓幕后策划者又很难抓住证据，当警察抓住小孩的时候，那些人就跑了。而且抓住这一起，就只认这一起，以前的不承认，你关不了几天还得放。有的地方搞遣送回家，抓住以后送回去，可送回去总不能守在那地方啊，于是你前脚走了之后，他后脚又来了。这些问题的根子出在什么地方？怎么才能彻底解决？为什么没有北京、上海、深圳的小孩到边疆去偷？就是由于整个经济发展的不平衡！这是导致一系列犯罪的重要原因之一。国家已经

注意到这个问题，提出了开发西部。提出开发西部之后，东北不答应了，国家又提出来振兴东北老工业基地。东北有了，西北有了，人家河南、湖北、安徽这一带又说了，我们“既不是东也不是西，不是东西，所以不把我们当回事”，于是中央又讲要中部崛起。按下葫芦起来瓢，说到底，最终目的就是一个和谐发展。落后地区要加大扶持力度，东部还要给政策，都要发展，这样犯罪的问题才会相对减少。彻底的平衡是不可能的，但是差距不能太大。

（二）推进政治体制改革，建立和完善权力监督机制

政治体制改革我们是相对滞后的，[illegible]世纪[illegible]年代小平同志推行经济体制改革的同时就指出来政治体制改革，因为要牵扯千千万万的人，搞不好就要出问题。[illegible]年前苏联剧变、东欧政治改革不成功，说明太激进就导致政权垮台，社会混乱。我们要吸取这样的教训，要稳步前进，要坚持党的领导。在这样的大背景下，我们的政治体制改革就相对滞后，而政治体制改革一旦滞后，权力监督机制就建立不起来。无论什么样的权力，没有监督就会产生腐败，绝对的权力产生绝对的腐败，这是一个真理。比如说给你几十块钱你说无功不受禄，给你几百块钱你说不吃嗟来之食，给你几千块钱你说要保持自己的清白，给你几十万上百万而且告诉你没有任何的危险，能坚持住的人到底有多少？值得我们思考和怀疑。你不用付出任何劳动，就是因为你有权力。人性里边都有朝下的东西，人向上是要努力的，下坡容易上山难。说要加强个人修养，要廉洁勤政，要自律，作为个人你可以去努力，但是你不可能保证每个人都跟你一样。作为社会的治理者，就要想到人可能会贪污会受贿的，所以制度设计就要让他贪不成污、受不成贿。贪污腐败并不是中国的特产，也不是说中国人就爱贪污受贿，西方人就不会。美国人、欧洲人到了中国照样。我和美国的项目官员打交道，比如说他要接待我，这是公事，他回去要报销，不仅需要发票，连菜单都要抄上。每样菜什么价都写的很清楚，才能报销。美国人来西安验收我们的项目，我说要不要顺便旅游一下啊？兵马俑、法门寺去过没有啊？“不去，我这次是来工作，等下次休假的时候专程再来旅游。”很多人确实是这样的人，非常廉洁。但是在和中国人打交道多了以后，在中国工作的外国人也学会照样吃公款了，因为他见多不怪了。他在那儿为什么那样，在这儿为什么这样？因为他那儿有监督，吃的饭没有菜单报销不了。而我们是一个条子，说招待客人就完了，所以各单位的开销下不来。这是个制度问题。再比如大家看过的一部香港连续剧《廉政风暴》，说的是成立廉政公署之前的[illegible]世纪[illegible]年代的事情，关于香港的腐败程度，当时的一个法官给总督写了个报告，说腐败已经成为香港人生活的一部分，没有腐败就什么事都干不成，办什么事都要送礼送钱。警察公开收保护费，就腐败到这种程度。实在忍无可忍的情况下，香港政府就采取非常措施，成立廉政公署，直属总督领导，可以直接搜查逮捕，一下子逮捕了一批官员，包括警察的最高头目。这个制度建立起来以后，产生了现在香港社会清明、廉洁、高效的结果。所以要从制度上来入手：第一让人不敢犯罪，第二使得人也不能犯罪，第三就慢慢演变成使人不愿意犯罪了。所以要从根子上解决一个监督机制，尤其对于腐败犯罪。否则，光靠严厉打击，抓更大的官判更重的刑，是没什么用处的，腐败分子还会前仆后继。

（三）树立法律的权威，保证司法独立与公正

法治社会的特点就是法律至高无上，社会纠纷的最高裁判者是法官，这就是法治社会和非法治社会的区别。我们的法院判过的案子，就会有当事人没完没了地上访，找县长、找市长、找省长、找中央领导批示，没完没了地折腾。为什么呢？有这么多的领导在法律的上面，所以案子永远结不了，纠纷永远得不到解决。我们有这么多的人来干预司法。怎么办？

(员) 杜绝行政权力干预，反对长官裁判。这个道理很简单，官当得越大，双方当事人都找到他的可能性就越小，所以越大的领导就越容易只听到一面之词。以前稍微有点影响的案子可能都有领导批示，现在情况好多了，基本上我们的领导也有了法治意识，很少批案子。一般来说，只要有领导批示，法官就只好执行领导的批示，有些领导还批的特别具体，使得法官只好违背法律规定来遵守这个批示。现在这种情况虽然有所好转，但是还没有彻底杜绝。基于领导的指示，基于所谓地方经济的需要或者地方稳定的需要，违背法律规定，不依法办案的现象还是存在。要想树立法律的权威，行政权绝对不能干预司法权。法院怎么判，党政领导最好不要指手画脚，党对司法的领导是依靠对立法的影响以及对司法干部人员的配备，是依靠政策的引导来实现的，不是靠个案的干预来实现的，否则法院无法办案，法院的威信也无法树立，公民的合法权益也无法保障。

(圆) 减少社会舆论的左右，反对民众裁判或媒体裁判。司法权是国家的权力，是一个很专业化的权力。人民群众很关心司法，这是对的，因为它跟每个人的切身利益息息相关。但司法这项工作不是谁都能干的。我们看到媒体报道的案件常常是似是而非的，与有些领导批示一样也是一面之词。而民众由于没有畅通的渠道也无从得知事实的真相。媒体既没有司法权也没有调查权，不能传唤证人，很多情况他也去调查，可是人家可以说也可以不说，而且我们媒体的某些从业人员不是学法律的，专业知识很欠缺，这种情况下他们所报道出的情绪化的东西就容易引发误导民众的负面效果。由于这种误导而导致的民众呼声、民愤以及领导批示，诸如此类的东西都会影响到一个案件的审理，甚至是一个人的生死存亡。这是非常可怕的，是我们法治社会最忌讳的。案子只能由法官来判，不能叫老百姓群体，甚至媒体把案子办了。

前些天我们学校与美国英特新闻 (国际新闻组织) 联合举办了首届中美法制报道高级研讨会，在会上有许多著名的记者，他们对我的上述观点群起而攻之，说“采访如何如何辛苦，司法如何如何黑暗，还要来指责我们”！“我们做报道多么不容易！”我说报道是可以的，媒体可以客观地来表述，但不要有意地去引导。西方国家的媒体也可以报道司法，监督司法，但它的权利非常有限。比如法庭上不能照相、不能录音、不能电视直播。为什么呢？为了保持法庭的威严。庭审中法官是中心，不能让你媒体说了算。所以法官有崇高的地位，法律有至高的威严。这就是法治社会的表现。我们有时候会觉得很过瘾：大家群起攻之，然后把某人杀掉，大快人心。某人杀不杀掉还在其次，问题在于要杀他的话，由谁来说杀，以什么样的证据、程序来杀？不杀，由谁来说不杀？为什么不杀？用什么样的程序和证据来不杀？我们要注意这个问题。作为普通公民我们都要有这种意识，我们的国家在法治建设的过程中一定不要过分依赖媒体，不要因为听到司法有黑暗，司法有腐败，就希望每一个案子媒体都把司法左右了。司法总是经过严格程

序挑选出来的专业人员呐！媒体的从业人员可能是新闻方面的专家，对报道宣传上他厉害，对法律他不在行啊。而且对他没有监督啊，对他的监督是有限的，我们的案子是有程序的，有一系列的监督防止徇私枉法的发生以及发生后的惩处措施。媒体呢？我们为保证新闻自由给记者的权利是很大的，给记者的余地也是很大的。但是你给他的自由达到他对司法随便指手画脚的时候那就有可能损害到法治的基础。

⑶猿 提高司法人员素质，提高独立和公正司法的能力。为什么我们的法官缺少真正意义上的独立司法的能力？首先，专业素质不强引起了社会对法官的不信任。目前，百姓对于很多官员是不信任的，对于警察是有偏见的。我们的法官检察官要有什么样的素质才能扭转这种认识定势？我们的法官首先要有很高的专业素质，案子自己搞不懂就很难抵御外界干预。其次就是必须提高道德操守。由于我们的从业人员素质还不是很高，不能给予很高的待遇。待遇不高，就不能把最优秀的人员吸引到司法队伍中来，吸引不来人，待遇也更没法提上去，这就成了一个恶性循环。这个难题要怎么解决？伴随着我国司法考试制度的推行，我们人员的素质会有所改善。司法考试非常难，通过率非常非常低。没有司法考试通过证书就不能做法官、检察官，这样就把政府中其他机关以及社会上各色人等调进法院的门给堵住了，法院的主流是法官，而考进去的又都是通过千军万马过独木桥脱颖而出的。这样，法官的待遇也可以相应的提高。像美国的法院要求法官贵族化、专家化、神秘化，我们是人民的法官，贵族化就没有必要了，但是最起码的也需要专家化。至于神秘化，也是必要的，就是要法官跟普通的民众交往少一些，为什么呢？因为你交往的太多了就没有办法独立办案，你天天呼朋引友、又吃又喝的，等酒肉朋友有事找你你就没法把人家推出去。在这里我讲一件事情，若干年以前，台湾有些人士发起了一个荐举模范法官的活动，当时由新闻界、律师界、司法界共同推选出五位法官，可这几位法官全都拒绝受奖，发起人请出了当时“司法院”现首席大法官翁岳生教授进行劝说，法官们终究不为所动，并且引用翁教授当年在大学行政法课堂上的训诲回应了他们的恩师：“法律人的尊容，在于法律人的寂寞！”

当然，神秘化的法官相对独立，我们社会也应给他提供比较优裕的生活条件，再加上它具有的高深的专业知识，自然会获得很高的社会声誉。

谈到法官的专家化，美国的辛普森案，棒球明星几亿身价，被指控说他把他的前妻杀掉了，审判经过一年多，最后在国人皆曰可杀的情况下，美国法院判决无罪。刑事部分判定无罪，但是民事部分被判有罪，要他赔猿缘亿多万给受害者家属。这是怎么回事呢？因为民事案件和刑事案件的证明标准不一样，民事案件是要求强势证据 缘豫 ~ 远园豫证据证明你有罪就该赔，而刑事案件要求排除一切合理怀疑，证明标准要达到怨园豫以上甚至更多，而这个案件是有疑点的。一个是有关“血”，受害人的血滴在辛普森的袜子上，律师提出来这个血迹有问题，为什么透过袜子的两边的血迹都一样呢？穿在腿上怎么能透得过来呢？只有在没有穿的时候才会这样形成，谁也说不清楚。第二个是辩护方对证据提出来一个疑问，当时警察现场提取血痕物证的时候，本来应该放进存鲜血浆的袋子，怎么放到存干血浆袋子里去了呢？结果不能排除血样受到污染的可能性，只要专家说这种可能不能排除，尽管其他一系列的证据都能证明可能是辛普森杀的，但是不能排除合理怀疑，那他就无罪。这就说明了法官特别专业化，人家法官就一

需要全本请访问 www.ertongbook.com