

司法上的 非犯罪化研究

贾学胜 ○ 著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

司法上的 非犯罪化研究

贾学胜 著



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

司法上的非犯罪化研究/贾学胜著. —广州: 暨南大学出版社, 2014. 4
ISBN 978 - 7 - 5668 - 0958 - 2

I. ①司… II. ①贾… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 054766 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 佛山市浩文彩色印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 1/16

印 张: 13

字 数: 231 千

版 次: 2014 年 4 月第 1 版

印 次: 2014 年 4 月第 1 次

定 价: 36.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

教育部人文社会科学研究青年基金项目
(“司法上的非犯罪化研究” 10YJC820050) 成果



前 言

在步入近代社会以前，我国经历了漫长的专制主义时期。历史上，历代统治者奉行“刑新国用轻典，刑平国用中典，刑乱国用重典”的统治经验。但朝代更替频繁，整体而言，在我国历史上的奴隶制时期和封建制时期，重典治国是常态，因此形成了重刑主义和报应主义的法律文化传统。这种传统一直延续至新中国成立之后。在改革开放之前，法律虚无主义下的刑事司法，乱用刑、用重刑的局面一直未有改观。1979年，我国颁布了第一部《刑法》。但施行不久，随着改革开放政策的推行，犯罪形势日趋严峻，我国进入了“严打”时期。自1983年之后的近二十年间，我国一共开展了三次全国性的“严打”运动。“严打”是重刑主义的法律文化传统在新时期的重现，人道主义刑事政策在我国一直未受到应有的重视，“重刑主义”、“报应主义”是我国刑事司法历史和现状的基本特征。在这一观念影响下，刑事司法程序的启动不受限制，侦查措施“逮捕”的适用无节制，酌定不起诉制度的价值不受重视，审判环节追求判处实刑，执行环节重惩罚轻矫治。总之，我国的刑事司法效益不彰。

经过三十多年的改革开放，我国在经济建设方面的成就举世公认。与此同时，人权保障观念日益彰显。经

济社会的发展进步使得我国的刑事司法已具备了现代化的基本条件。2004年12月,中央政法委第一次明确提出我国要实行宽严相济的刑事政策。宽严相济刑事司法政策在坚持既往对犯罪的严厉司法态度的同时,还提出对没必要从严惩处的犯罪应该尽量从宽。这意味着传统刑事司法在冷酷无情的报应主义铁幕下,开始展露现代司法温情主义的人文关怀,开始真正关注越轨者的复归社会和刑法的效益问题。因此,可以认为,宽严相济刑事政策的提出,是我国刑事司法向现代转型的标志性事件。不过,囿于历史、文化、观念、制度等方面的障碍,这一刑事政策在实践中的推行仍任重道远。

尽管“宽”和“严”是宽严相济刑事司法政策的两个维度,但在我国特殊的历史和现实环境下,强调宽松刑事政策的贯彻和实施,无疑更具现实意义。非犯罪化是宽松刑事政策的核心内容,司法上的非犯罪化倡导在刑事追诉的整个过程中践行非犯罪化思想。本书以“司法上的非犯罪化”为主题,探讨在整个刑事诉讼过程中实行非犯罪化的必要性和可能性,冀望为我国刑事司法的转型贡献绵薄之力。

在进入正文之前,有几个问题有必要先作出交代。

本书与《非犯罪化研究》的关系。笔者曾于2011年出版专著《非犯罪化研究》,其中对非犯罪化的概念、根据、过程及其基本理论问题、刑事实体法上的非犯罪化和刑事程序法上的非犯罪化进行了较为全面与系统的研究。其中,笔者对一些问题的思考尚显肤浅,对一些概念的界定未必准确。而本书是对非犯罪化议题的接续思考。在本书中,笔者专注于司法过程中的非犯罪化问题,按照刑事诉讼的发生、发展过程,对立案侦查阶段、审查起诉阶段和审判阶段涉及的非犯罪化问题进行专门研究,从体系上看,大致属于《非犯罪化研究》的后两部分内容,但具体内容和论述几乎不存在交叉与重合。

本书的主旨。本书倡导以宽严相济刑事司法政策为指导解释和适用刑事法律,从根本上扭转传统的报应性刑事司法。这是欧美在半个多世纪前就已完成的司法改革和转型。笔者坚信,这也会是我国未来司法的发展方向。

本书的研究属性。本书的研究内容既涉及刑法制度,也涉及刑事诉讼法制度,既有制度解读,也有实践考察。这是由司法上的非犯罪化这一刑事政策措施的综合性所决定的。因此,本书是践行刑事一体化研究路径的一种尝试。

本书的基本思路。司法上的非犯罪化是一项刑事政策，并不是一项具体的刑事法制度。它的意义在于为《刑法》和《刑事诉讼法》的解释和适用提供依据，为司法实践提供指导。本书的基本思路是，先探讨刑事政策思想的流变和“两极化”刑事政策的产生（在我国是宽严相济刑事司法政策的产生），然后具体研究我国刑事司法过程中的非犯罪化问题。其中又分为立案侦查阶段、审查起诉阶段和审判阶段三个部分。在每一个部分，都是先对现行法律进行法的实证研究，然后再对法的适用现状进行实证研究。最后探讨导致司法上的非犯罪化现状不佳的原因，并提出改善对策。

贾学胜

2013年12月

目 录

前 言	1
第一章 刑事政策与司法上的非犯罪化	1
第一节 刑事政策思想的流变	1
一、启蒙时期的刑事政策思想	2
二、古典学派的刑事政策思想	5
三、近代学派的刑事政策思想	8
四、古典学派与近代学派刑事政策思想之比较	11
五、“二战”后的刑事政策思想和刑法的刑事政策化	13
第二节 宽严相济刑事司法政策的提出及其内容	19
一、宽严相济刑事司法政策的产生及其背景	19
二、宽严相济刑事司法政策的主要内容	22
第三节 司法上的非犯罪化的基本问题	23
一、司法上的非犯罪化的概念辨析	23
二、司法上的非犯罪化的根据	26
三、司法上的非犯罪化的主要领域	29
四、司法上的非犯罪化的意义	33
第二章 立案环节之司法上的非犯罪化	36
第一节 概述	36
一、非刑事程序化与微罪处分	36
二、微罪处分的刑事政策意义	38
第二节 域外微罪处分之考察	38
一、日本的微罪处分制度	39
二、我国台湾地区警察对微罪的处理制度	40

第三节 我国的微罪处分制度	41
一、制度考察	41
二、功能定位	43
三、制约机制	44
四、实效与展望	46
第三章 审查起诉环节之司法上的非犯罪化	48
第一节 概述	48
一、审查起诉环节的非犯罪化途径	48
二、不起诉的刑事政策意义	51
第二节 域外不起诉制度考察	53
一、大陆法系的不起诉制度	53
二、英美法系的不起诉制度	62
三、两大法系不起诉制度之比较和分析	67
第三节 我国裁量不起诉的实证分析：制度考察和评析	68
一、我国酌定不起诉的制度考察和分析	68
二、我国附条件不起诉的制度考察和分析	75
第四节 我国裁量不起诉的实证分析：数据调研和案例评析	83
一、酌定不起诉的实证分析	84
二、附条件不起诉的实证分析	94
第四章 审判环节之司法上的非犯罪化	100
第一节 概述	100
一、罪刑法定原则是审判上的非犯罪化的根据	100
二、刑法解释是实现审判上的非犯罪化的途径	103
三、审判上的非犯罪化的范围及其与追诉上的非犯罪化的区别	105
第二节 不能犯之审判上的非犯罪化	107
一、我国的不能犯理论之现状	107
二、主观主义诸观点：评析和否定	109
三、具体危险说：解析与辩驳	115
四、客观危险说：拨正与论证	122
五、结论	132

第三节 事后不可罚行为	133
一、事后不可罚行为的概念界定	134
二、事后不可罚行为的理论根据	137
三、事后不可罚行为的体系位置	140
四、事后不可罚行为的认定	141
五、事后不可罚行为的司法适用	144
第四节 聚众淫乱罪之审判上的非犯罪化	145
一、案例简述	146
二、罪名简史	147
三、观点争议	148
四、聚众淫乱罪审判上的非犯罪化之具体理由	152
五、聚众淫乱罪之审判上的部分非犯罪化	157
第五节 窝藏、包庇罪之审判上的非犯罪化	158
一、问题的提出	158
二、窝藏、包庇行为的法律评价之历史考察	160
三、窝藏、包庇行为的法律评价之域外考察	162
四、我国窝藏、包庇罪的立法沿革	164
五、窝藏、包庇罪之审判上的部分非犯罪化	165
 第五章 司法上的非犯罪化的实践之改善对策研究	168
第一节 司法上的非犯罪化实践现状不佳的具体原因	168
一、立案环节的原因	168
二、审查起诉环节的原因	169
三、审判环节的原因	172
第二节 司法上的非犯罪化现状不佳的深层原因	174
一、重刑主义文化传统的浸淫	174
二、重报应主义轻目的主义的刑罚观的影响	175
三、刑法工具论思想作祟	175
四、实例解析	176
第三节 改善司法上的非犯罪化实践的建言	179
一、树立兼顾目的主义的刑罚观	179
二、简化酌定不起诉的决定程序	181
三、破除追诉机关违反法律精神的内部规定等制度性障碍	181

4 司法上的非犯罪化研究

四、完善配套制度和措施	182
五、提高法官素质和审判案件的独立性	185

第六章 结语：对我国司法上的非犯罪化未来发展的简要评估和展望	187
--------------------------------------	-----

参考文献	189
------------	-----

后 记	199
-----------	-----



第一章 刑事政策与司法上的非犯罪化

第一节 刑事政策思想的流变

自费尔巴哈于 1803 年在其刑法教科书中首次使用“刑事政策”这一概念，迄今已有两百多年历史。或许是由犯罪现象的复杂性和犯罪防控措施的综合性所致，中外学界对“刑事政策”的含义和研究范围尚无一致的见解。最广义的刑事政策概念，将国家防制犯罪的策略和民间防止犯罪的活动都包含在内；广义的刑事政策专指国家防制犯罪的手段和策略；而狭义的刑事政策局限于刑事立法政策。笔者无意研究和界定刑事政策的准确概念。一定程度上，这也是不可能的任务。只是觉得在开篇前有必要作出交代：本书是在广义的立场上使用这一概念的，即将刑事政策理解为国家预防和控制犯罪的策略和手段的总称。

当下关于刑事政策的研究，习惯于追溯至前资本主义社会甚至人类社会的初期。诚然，“犯罪防止对策对于社会共同生活来说是必不可少的，因此，可以说，刑事政策在人类社会生活之初便已存在”^①。然而，“刑事

^① [日] 大谷实著，黎宏译：《刑事政策学》，北京：法律出版社 2000 年版，第 7 页。

政策的主旨在于探讨国家如何有效合理地组织对犯罪的反应”^①。前资本主义时期将刑罚作为防治犯罪的主要甚至唯一手段，强调以身体刑和生命刑为中心的暴力威慑，毫无探寻合理、有效犯罪防制手段的现代刑事政策意蕴。在现代刑事政策的视野中，防治犯罪的手段和策略，绝非刑罚一种，在很多情况下，刑罚甚至不是主要的手段。这一意义上的刑事政策，绝不可能发端于将刑罚作为社会统治手段和暴力工具的前资本主义时期。人类社会对刑罚的合理性和有效性的反思始于启蒙运动时期，正是在这一时期，孕育和发展出了近代刑事政策思想。因此，本书对于刑事政策思想的考察，从启蒙时期开始。

一、启蒙时期的刑事政策思想

近代刑事政策思想发端于欧洲的启蒙运动时期。在前资本主义时期，“刑罚的运用服务于旧式的权力操控策略，强调仪式性与公开性，通过向犯罪人的身体施加血腥的、无节制的痛苦来制造恐怖感觉，最终达到维持政治权威地位的目标”^②。这一时期的刑法以“法与宗教道德的不可分性、基于身份的不平等性、罪刑擅断主义、刑罚的残酷性”^③为特色，此即封建刑法的干涉性、身份性、恣意性和残酷性。启蒙主义思想家们在崇尚理性、追求自由、绘制民主蓝图的过程中，各自表达了对法律和刑法的看法。在他们看来，封建刑法显然不符合人道和理性的基本要求，如何认识刑法、规范刑罚和预防犯罪，是他们思考的主要方向之一。这其中蕴含了为后世古典学派加以发扬光大的刑事政策思想。

启蒙思想家基本都是社会契约论的倡导者，尽管对社会契约的形成方式和内容有不同的见解，但他们的共同之处是论证了人民权利和国家权力的源与流的关系，从而根本性地动摇了专制主义的正当性基础。在这一过程中，为了将人民从神权与王权的双重统治下解放出来，启蒙思想家们论证了历来作为主要统治手段的法律与宗教道德的界限，如孟德斯鸠指出：“人类制定的法律是我们行动的指导，所以应该是戒律，而不是劝说。宗

① 劳东燕：《刑事政策与刑法体系关系之考察》，《环球法律评论》2012年第2期。

② 劳东燕：《刑事政策与刑法体系关系之考察》，《环球法律评论》2012年第2期。

③ 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，北京：中国检察出版社1996年版，第1页。

教是我们内心的指导，所以是劝说多而戒律少。”^①同理，作为法律之一的刑法惩罚只能是行为，而不是思想。“法律的责任只是惩罚外部的行动。”“言语并不构成‘罪体’。它们仅仅栖息在思想里。”“言语要和行为结合起来才能具有该行为的性质。”^②对此，霍布斯也有类似的论述：“罪恶非但是指违犯法律的事情，而且也包括对立法者的任何藐视。……罪行是一种罪恶，在于以言行犯法律之所禁，或不为法律之所令。所以每一种罪行都是罪恶，但不能说每一种罪恶都是一种罪行。”^③针对刑罚的恣意性和残酷性，一些启蒙思想家还对刑罚的性质进行了论证，如霍布斯指出：刑罚是公共当局认为某人做或不做某事是违法行为，并为了使人们的意志得到更好的服从而施加的痛苦。因此，如果不是公共当局施加的、不是为了使罪犯服从法律或是使其他人通过罪犯的事例服从法律的，或者没有这种可能性时所施加的、惩罚与所犯罪行不相称的、对法律制定前所犯行为施加的等，都不是刑罚，而是一种敌视行为。^④孟德斯鸠指出：“刑罚的轻重要有协调，这是很重要的，因为我们防止大罪应该多于防止小罪，防止破坏社会的犯罪应该多于防止对社会危害较小的犯罪。”^⑤此外，洛克、卢梭等对“人生而平等”思想的论证和宣扬，孕育了资本主义“法律面前人人平等”的法律原则。

这些思想都是在反对封建刑法的过程中产生的，严格来说，它们属于刑法思想而不是刑事政策思想。刑事政策思想应该是关于犯罪防制的思想。在封建社会，在运用刑罚抗制犯罪的过程中，并不存在对刑罚量进行算计的观念，因而导致了刑罚的残酷性，而且将刑罚作为抗制犯罪的主要甚至是唯一手段，这也是笔者不主张将刑事政策思想追溯至封建社会的主要原因。在抨击封建社会刑罚残酷和无度的过程中，一些启蒙思想家发表了运用刑罚进行犯罪防制的思想。卢梭认为：“刑罚频繁总是政府衰弱或

① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（下册），北京：商务印书馆 1963 年版，第 156 页。

② 参见 [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），北京：商务印书馆 1959 年版，第 234～235 页。

③ [英] 霍布斯著，黎思复、黎廷弼译：《利维坦》，北京：商务印书馆 1985 年版，第 226 页。

④ 参见 [英] 霍布斯著，黎思复、黎廷弼译：《利维坦》，商务印书馆 1985 年版，第 241～243 页。

⑤ [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），北京：商务印书馆 1959 年版，第 108 页。

者无能的一种标志。绝不会有任何一个恶人，是我们在任何事情上都无法使之为善的。我们没有权利把人处死，哪怕仅仅是以儆效尤，除非是对于那些如果保存下来便不会没有危险的人。”^① 孟德斯鸠指出：预防犯罪要靠多种力量，而刑罚只是其中的一种。他说：“经验告诉我们，在刑罚从轻的国家里，公民的精神受到轻刑的影响，正像其他国家受到严刑的影响一样。”^② “在政治宽和的国家，爱国、知耻、畏惧责难，都是约束的力量，能够防止许多犯罪。……在这些国家里，一个良好的立法者关心预防犯罪，多于惩罚犯罪，注意激励良好的风俗，多于施用刑罚。”^③

启蒙时期不仅萌芽了近代刑事政策思想，而且已经开启了实践的先河。启蒙时期追求人道主义、理性主义的时代背景和预防犯罪的刑事政策思想，催生了通过监狱改善犯罪人从而预防犯罪的思想。英国伦敦感化院和荷兰阿姆斯特丹监狱是欧洲早期监狱的典范。最初的监狱关押有劳动能力但好吃懒做、扰乱社会治安的人，对他们进行训练，使他们自食其力，安分守己地生活。由于这些机构是用来进行“矫正”——训练教育——的场所，于是就按这种基本概念进行命名，叫做“矫正院”。在矫正院里，刑罚的执行被看成是通过劳动和有秩序的生活进行训练教育。当时声名显赫的阿姆斯特丹斯平豪斯监狱大门上的横幅标语是这种矫正思想的最好见证：“不要害怕！我不是以牙还牙，而是强迫你为善。我手腕似铁，但我心中充满慈爱。”^④ 这些实践已孕育了后世为近代学派学者奉为圭臬的目的刑思想。

不过，由于时代所限，启蒙思想家们并没有对刑罚在预防犯罪过程中的具体作用及其方式展开论述，这一任务是由其后的古典学派和近代学派的学者完成的。

① [法] 卢梭著，何兆武译：《社会契约论》（第三版），北京：商务印书馆 2003 年版，第 44 页。

② [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），北京：商务印书馆 1959 年版，第 100～101 页。

③ [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），北京：商务印书馆 1959 年版，第 98 页。

④ 参见 [德] 京特·凯泽著，刘瑞祥、潘佳斌、红云译：《欧·美·日本监狱制度比较研究》，北京：中国政法大学出版社 1989 年版，第 13 页。

二、古典学派的刑事政策思想

启蒙主义之后的刑事古典学派，继续高举反封建刑法的大旗。区别仅在于其对封建刑法的反击更为系统、有力和深刻，对刑罚在预防犯罪作用方面的认识更为具体。

古典学派时期的刑法思想和刑事政策思想并没有明确界限。他们在继续反对封建刑法的干涉性、身份性、恣意性和残酷性的同时，论证了刑罚在预防犯罪方面所应起的作用。为了反对封建刑罚的恣意性和残酷性，贝卡利亚提出了罪刑阶梯论：“犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该越有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。……如果说，对于无穷无尽、暗淡模糊的人类行为组合可以应用几何学的话，那么也很需要有一个相应的、由最强到最弱的刑罚阶梯。有了这种精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯，我们就有了一把衡量自由和暴政程度的潜在的共同的标尺，它显示着各个国家的人道程度和败坏程度。”^①在预防犯罪方面，贝卡利亚提出了许多对后世影响深远的观点。在倡导刑罚应该宽和时，他提出：“刑罚的目的既不是要摧残一个感知者，也不是要消除业已犯下的罪行。……刑罚的目的仅仅在于：阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”^②对于预防犯罪而言，有效的不是刑罚的残酷性，而是刑罚的及时性和不可避免性，“惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时，就越是公正和有效”^③。除了以刑罚的适用来预防犯罪之外，贝卡利亚还提到了刑罚之外其他措施的运用。他认为“预防犯罪比惩罚犯罪更高明”，为了预防犯罪，应该将法律规定得明确、通俗，要传播知识、消除愚昧，防止执法机构的腐化，奖励美德和完善教育。^④

古典学派的另一位代表人物边沁在谈及刑罚的限度时认为：法律的目的

① [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，北京：中国大百科全书出版社 1993 年版，第 65～66 页。

② [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，北京：中国大百科全书出版社 1993 年版，第 42 页。

③ [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，北京：中国大百科全书出版社 1993 年版，第 56 页。

④ 参见 [意] 贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，北京：中国大百科全书出版社 1993 年版，第 56 页。

的是增长幸福；刑罚是为了追求幸福而存在的一种必要的恶；在无理由、无效、无益和无必要的情况下，不得使用刑罚；刑罚与罪过之间必须保持适当的比例，并为达致比例的适当设定了一系列应当遵守的规则。^① 边沁还全面论述了犯罪的政治补救方法，他认为：预防和矫正是犯罪的补救方法，具体又可分为四种类型，即预防方法、遏制方法、补偿方法和刑罚方法。^② 在边沁看来，应根据犯罪发生的具体情形，采用相应的方法；刑罚只是犯罪预防体系中的一种具体惩罚措施。而且，“惩罚的首要目的是防止发生类似的犯罪。过去发生的毕竟只有一个行为，而未来则未可限量。已经实施的犯罪仅涉及某一个人，类似的犯罪将可能影响整个社会。在许多案件中，虽然不可能矫正已经实施的罪恶，但有可能消除其再犯的意图。因为，尽管犯罪能获得很大快乐，但是，惩罚所造成的痛苦超过实施犯罪所获得的快乐”^③。

费尔巴哈的心理强制说也蕴含了相同的思想。费尔巴哈认为：犯罪是感性冲动的结果，为了抑制感性冲动，必须科处作为害恶的刑罚，并使人们预先知道因犯罪而受刑的痛苦，大于因犯罪所能得到的快乐，才能抑制其心理上萌生犯罪的意念。为了达致这一效果，费尔巴哈将启蒙时期以来的罪刑法定思想给予明确化，提出“无法无刑、无法无罪、有罪必罚”；认为只有将什么是犯罪和犯罪的法律后果给予明确规定并公布，才能为公民提供一张罪刑价目表，从而起到一般预防的作用。^④ 费尔巴哈在其于1803年出版的《德国刑法教科书》中，第一次提出了刑事政策这一概念，他将犯罪预防思想建立在法律威慑论的基础之上，认为“刑罚的目的可以理解为，刑罚效果的产生是刑罚存在的原因所在。^①法律中的刑罚威慑的目的是对潜在违法者的所有人的威慑，警告其不要违法。^②科处刑罚的目的是证明法律规定的刑罚威慑的效果”^⑤。

① [英] 边沁著，时殷弘译：《道德与立法原理导论》，北京：商务印书馆2000年版，第216页以下。

② [英] 边沁著，李贵方译：《立法理论》，北京：中国人民公安大学出版社2004年版，第321页。

③ [英] 边沁著，李贵方译：《立法理论》，北京：中国人民公安大学出版社2004年版，第322页。

④ [德] 安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈著，徐久生译：《德国刑法教科书》，北京：中国方正出版社2010年版，第28~31页。

⑤ [德] 安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈著，徐久生译：《德国刑法教科书》，北京：中国方正出版社2010年版，第29页。