

XINGSHI ZHENGCE YU XINGFA WANSHAN

刑事政策与刑法完善

◎ 卢建平 等 著



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

国家社科基金重点项目阶段性成果

刑事政策与刑法完善

XINGSHI ZHENGCE YU XINGFA WANSHAN

◎ 卢建平 等 著

◎ 撰稿人（按撰写章节顺序）

卢建平	王志祥	郭理蓉	李山河
周建军	莫晓宇	汪明亮	李汝川
田兴洪	彭凤莲	袁登明	肖 怡
杨子良	刘春花	吴之欧	郭 健
张 浩			



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事政策与刑法完善 / 卢建平等著. —北京:
北京师范大学出版社, 2014. 7
ISBN 978-7-303-15037-3

I. ①刑… II. ①卢… III. ①刑事政策—研究—中国
②刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 078246 号

营销中心电话 010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com>
电子信箱 gaojiao@bnupg.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京中印联印务有限公司
开 本: 170mm×240 mm
印 张: 32.5
字 数: 704 千字
版 次: 2014 年 7 月第 1 版
印 次: 2014 年 7 月第 1 次印刷
定 价: 108.00 元

策划编辑: 马洪立 胡廷兰 责任编辑: 李洪波
美术编辑: 王齐云 装帧设计: 天泽润
责任校对: 李 菡 责任印制: 陈 涛

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697
北京读者服务部电话: 010-58808104
外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。
印制管理部电话: 010-58800825

目 录

绪 言	1
第一章 刑事政策的基本问题	11
第一节 变革社会中的刑事政治问题	13
第二节 刑事政策研究的中国特色	20
第三节 刑事政策与刑法的关系	32
第四节 刑事政策的批判特性	40
第五节 刑事政策的形成与执行	50
第六节 宽严相济刑事政策与刑法立法的关系	76
第二章 刑事政策与刑法理念变革	95
第一节 加强民生的刑法保护 ——民生刑法之提倡	98
第二节 倡导积极预防弱势群体犯罪的政策	104
第三节 刑法特别保护国有资产的正当性分析	117
第四节 社会敌意(社会冲突)的制度调控 ——兼论刑法的面孔	140
第五节 严厉打击严重刑事犯罪刑事政策的定位与贯彻	148
第六节 刑事政策视野中的未成年人犯罪与少年司法	162
第七节 和谐社会背景下环境刑事政策的调整	168
第八节 风险社会的刑事政策与刑法	184
第九节 刑事政策视野中的刑法传播	190
第三章 刑事政策与立法完善	199
第一节 罪刑法定原则的立法完善研究	200
第二节 宽严相济刑事政策的法典化	220
第三节 刑事法修正中的政策问题	225
第四节 犯罪分层与刑法完善	233
第五节 “有组织的暴力性犯罪”辨析	250
第六节 无被害人犯罪的立法政策研究	260

第七节	在宽严和轻重之间寻求平衡	
	——侵犯著作权犯罪刑事立法完善的方向	277
第八节	宽严相济政策下身份对共同犯罪定罪、量刑的影响	281
第九节	私营部门内商业贿赂的刑法规制	
	——以《联合国反腐败公约》为参照	297
第四章	刑事政策与刑罚制度完善	309
第一节	刑事政策视野下的社区刑罚制度完善	311
第二节	社区矫正与刑法的改革完善	325
第三节	轻罪政策视野下的刑罚制度改革研究	340
第四节	短期自由刑的改革完善	369
第五节	中国死刑政策的流变及其应然表达	379
第六节	减刑、假释制度改革路径之前瞻	403
第五章	刑事政策体系中的社会参与	419
第一节	民间社会在中国刑事政策体系中的角色转型	
	——基于治理理论的分析	420
第二节	中国民间社会在刑事政策体系中的角色变迁与启示	432
第三节	当代中国的民营企业犯罪	
	——基于社会变迁的分析	448
第四节	公司、企业领导人刑事责任之刑法立法完善	460
第五节	企业参与犯罪治理的经验和思考	
	——以温州鹿城法院推行企业帮教制度为例	484
后 记		513

绪 言

20 世纪初，德国刑法学家冯·李斯特复兴了“刑事政策”概念，并赋予其新的内涵，指出刑事政策是“国家与社会据以组织反犯罪斗争的原则的总和”。此外，秉承刑事实证学派传统，在扬弃龙勃罗梭和菲利关于犯罪原因研究成果的基础上，李斯特先生提出了著名的犯罪原因二元论——社会因素和个人因素。他主张，刑罚不是同犯罪作斗争的唯一手段，刑罚的目的是预防再犯、防卫社会；大众的贫困是培养犯罪的最大基础，也是遗传素质所以质变的培养液……改善劳动阶级境况是最好的和最有效的刑事政策。为此，他特别强调“社会的地位和作用”，将“社会”与国家并列，并断言“最好的社会政策，也就是最好的刑事政策”。这一观点提出后迅速获得各国法学家的关注，引起了极大的社会反响。受此影响，刑事政策研究的视野也豁然开朗起来。

第二次世界大战后，在法国著名法学家马克·安塞尔的倡导下，刑事政策研究得以兴盛并影响全球。马克·安塞尔将刑事政策定义为“集体对犯罪的、越轨的或反社会活动的有组织的果敢的反应”，具有“观察的科学”与“组织反犯罪斗争的艺术与战略”的双重属性。他指出，“刑事政策是由社会，实际上也就是由立法者和法官在认定法律所要惩罚的犯罪，保护‘高尚公民’时所作的选择。”这种选择是一种高于刑法的政治考虑（政治是指公共事务的管理），是对待犯罪的宏观战略，是将科学实证主义方法导入犯罪问题研究之后产生的观念。对已然和未然的违法或者越轨现象，首先进行价值判断，然后正确地选择纪律制裁、行政干预、行业管理或者刑法介入。总之，在坚持罪刑法定原则的法制传统前提下，在既防卫社会又保护人权的基础上，把刑罚的和非刑罚的方法、犯罪化和非犯罪化战略都作为对待犯罪问题的备选手段。实际上，这是对刑事政策的比较准确的理解。马克·安塞尔的观点为他的门徒所继承且发扬。现如今西方最流行的刑事政策观就是，“从认识论的角度看，刑事政策是对犯罪现象的综合分析，对犯罪现象以及与违法犯罪行为作斗争的方法措施的解析；它同时也是建立在一定理论基础之上的，旨在解决广义的犯罪现象的打击与预防所提出的问题的社会和法律的战略。”简言之，刑事政策既是研究犯罪现象及其对策的科学，也是打击和预防犯罪的斗争战略。

一、当代中国的刑事政策研究

当今中国的刑事政策学已经成了一门显学。近几年关于刑事政策的领导讲话、会议、报告、文件之多，专家学者的文章、著作、教材的数量之大，是世所罕见的。我们对改革开放以来我国大陆地区（暂不包括港澳台地区）刑事政策研究的著作论文做了初步检索，1980 年迄今，中国期刊全文数据库所提供的以刑事

政策为主题的论文有 6491 篇。^①很显然,这还不包括我国公、检、法、司等各级机关自己印发的各类内部刊物上关于刑事政策的文章。关于刑事政策研究的专著、译著、教材、研究报告、论文集的数量也极为可观,从 1976 年北京大学法律系刑法教研室自编的《刑事政策讲义》至今,已经达到 60 多本。当然,刑事政策学显学地位的形成除了前文所述的成果数量巨大以外,还可以归结于以下三个方面的因素。

(1) 研究人员队伍庞大,人气旺盛,轰轰烈烈。上至学界前辈,下至年轻人(近几年以刑事政策为题的博士论文数量增长极快,难以统计)纷纷加入刑事政策研究的队伍。刑事政策也是理论界与实务界共同关注的一个领域,当然它们的关注各有侧重,研究也自有特色。理论界多从宏观着眼,着力翻译引进国外研究成果,忙于建构刑事政策的理论体系、概念、方法与原则等基本范畴,而实务界的研究多从微观入手,以解决现实问题为宗旨,以改革实践为基础,相对来说更具现实针对性。

(2) 研究项目众多。以国家社科基金资助的项目为例,自 2005 年以来,刑事政策领域的研究就一直得到支持,如 2005 年项目指南中的“中国刑事政策研究”、“犯罪与刑罚新问题研究”;2006 年的“刑事政策与刑法的互动促进”,“刑事政策与刑法制度改革”;2007 年的“刑事政策的体系、功能和运作机制”,“宽严相济的刑事政策研究”;2008 年的“西方刑事政策的运作机制”,“中国特色社会主义刑事政策的基本原理与经验”,“中国宽严相济刑事政策研究”等。

(3) 研究层次节节攀高,甚至获得了政治高层的关注。首先是因为中国改革的成败与否取决于社会发展与稳定的协调,而犯罪治理是国家治理的关键;其次是因为中国正在探索一条富有特色的法治之路,在社会飞速发展变化的同时逐步完善法制与适当的政策干预是中国的必然选择,而政策干预的成效如何,其对法制/法治的影响如何,自然也是最高决策层所一直关心的。

在此繁荣的背后,我们也应该保持清醒的头脑,既要看到刑事政策研究所取得的成绩,更要正视其中所存在的问题与缺陷。尤其是刑事政策研究科学基础不够、理论与实践脱节、精英话语与大众意识的差距等问题,不仅影响到刑事政策理论关注社会实践、引导犯罪治理的根本属性,而且从刑法(包括刑罚)理念、制度、参与犯罪治理系统的力量(尤其企业力量的参与)等方面对刑事政策的指导提出了进一步系统化、科学化、制度化的要求。基于以上理解,我们对“刑事政策与刑法变革”课题的研究确立了如下的宗旨:立足中国刑事法治现状,致力于刑事法治的发展与完善。申言之,就是在刑事政策理论日益完善的前提下,以科学的刑事政策理论指导刑法理念的变革、立法(犯罪规范)、制度(主要为刑罚)的完善和社会管理的综合治理(主要讨论民间社会、企业参与)。

科学的刑事政策理论(也称刑事政策的基本问题),不仅包括变革社会中的刑事政治问题、刑事政策研究的中国特色、刑事政策与刑法的关系,还包括刑事司

^① 中国期刊网, <http://dlib.edu.cnki.net/kns50/Navigator.aspx?ID=1>, 2012-07-20。

法政策的批判特性、刑事司法政策的形成与执行和宽严相济刑事政策与刑法立法的关系等具有重大政策导向的重要命题。通过上述命题的诠释,我们不仅要将在亚里士多德的政治学回溯为求善的学问,将本书主张的刑事政治学理解为如何治恶的学问,而且要在治国理念、方略抑或治道的层面推行我们的刑事政治主张,寻求刑事制度和犯罪治理局面的整体改善。

首先,刑事政策指导下的刑法理念变革,广泛涉及民生刑法的提倡、积极预防弱势群体犯罪的政策、特别保护国有资产的正当性、社会敌意(社会冲突)的制度调控、未成年人犯罪刑事政策与少年司法制度改革、风险社会的刑事政策与刑法、刑法传播等游走于社会实践以及刑法制度变革前沿的重大选题。笔者认为,刑事政策对刑法理念变革的指导,首当其冲的就是大众情怀与平民意识的复兴,其中也包括对弱势群体犯罪的关注,其次才是风险社会、少年刑法、社会冲突等具体问题的刑法规制。此外,刑事政策对刑法理念变革的指导还具有突出的批判特性。亦如我们对风险社会理论的反思,就是要求在正视现代社会风险特征的同时,认真反思人类社会应对风险的手段方法所隐含的风险。

其次,刑事政策对刑法立法的指导,是刑事政策最核心的问题。一方面,根据刑事政策的概念和属性,费尔巴哈早就提出:刑事政策是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和,“刑事政策是立法国家的智慧”。^①另一方面,刑事政策的研究具有突出的实践特性,犯罪治理的实践,除治理理念外,最大的问题就是刑法立法抑或制度的完善。刑法制度的完善,宏观层面的一些问题,如罪刑法定原则的立法完善、宽严相济刑事政策的法典化、刑事法修正中的政策问题和犯罪分层的刑事政策,具有现实紧迫性和理论前瞻性。此外,我们还对有组织的暴力性犯罪、无被害人犯罪的立法政策、侵犯著作权犯罪刑事立法完善、反商业贿赂的刑法立法进行专门的探讨。

再次,当代中国的刑罚制度改革早就引起了刑事政策研究领域的批判性关注。尤其是社区矫正制度最先写进《刑法》,政策指南的意味十分突出。同样重要的还有自由刑、减刑、假释等制度的改革。针对上述问题,刑事政策从刑罚的目的、体系到改革的进路作出了一系列的回应。关于刑罚的目的,我们此前已经提出:“传统刑罚目的在被害人利益维护和被追诉人利益的保障方面存在缺失……从这个意义上讲,刑罚的目的利益绝不能仅限于国家抑或社会基于报应、预防的考虑,应当将法益保护,尤其被害人利益的恢复作为刑罚目的的重要构成。”因此,“刑罚的目的应当阐述为利益的保护(法益的保护)。作为多元、妥协的存在,尤其考虑到传统刑罚目的在利益表达方面的非完整性,刑罚改革应当弥补传统理论在被害人利益恢复、犯罪人利益保障等方面的严重不足,从社会治理的角度,反映多元利益、尊重多元参与,做到制裁有利、救济有方、保障到位,完善犯罪治理的整体反应。”^②为尽量反映多元的利益,国家本位主义刑事政策需要转换为

① 卢建平:《刑事政策与刑法》,3~4页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

② 周建军:《刑事司法政策原理》,66页,北京,清华大学出版社,2011。

“国家—社会”双本位主义主导的宽严相济刑事政策，刑罚适用模式也随之适当调整。相应地，以社区刑罚为主体内容的非监禁刑是宽松刑事政策的发展方向，也是当前刑事立法的着力点。关于短期自由刑的改革和完善，我们需要在反思刑法威慑与报应的基础上，尽快跨越以监禁刑为中心的刑罚时代，走上刑罚现代化的道路。

最后，无论是从多元参与，还是从社会管理创新抑或综合治理的角度，民间社会参与犯罪治理的问题势必对刑事政策的理论和实践产生重大的影响。第一，民间社会参与犯罪治理的研究是刑事政策主体理论的重大进展。大量的政治学著作，包括《布莱克维尔政治学百科全书》，纷纷提出个人不能成为政策主体的主张。受该类政治学作品的影响，相当长的时间内，刑事政策理论也不重视社会团体、个人的主体地位。《刑事政策的主要体系》在论述刑事网向市民社会的开放程度时认为，与民事司法不同，刑事网具有“祖传性”。不同国家的独特历史显现了刑事网的传统现象，即刑事网是一个封闭的网络，完全由国家垄断。受害人在附带民事诉讼中也是如此，因为主诉还是以国家的名义提起的。这种情况并没有随着国家和市民社会的调整有根本性的改变，社会团体即使以较之于个人或公众远要以积极的方式参与刑事司法，那也只是重新分配形成对刑事政策的参与或者说“参与型的刑事政策”。^①经过长时间的反复思考，笔者认为：政策既是“众人之事”（孙中山先生），也是社会力量的利益反应。“众人之事”抑或“社会力量的利益”，不该是少数人（甚至个别人）说了算的。这一点，在市民社会的背景下意义更加深远。第二，国家和社会从来都是犯罪治理的主要力量，但从犯罪治理的系统理论出发，民间主体的参与不仅符合多元参与的政治要求，而且有助于弥补国家抑或社会力量的不足，有利于犯罪治理系统主体的多元化，有利于犯罪治理力量的扩大。因此，研究刑事政策体系中的民间社会以及企业参与犯罪治理的问题，既是刑事政策主体理论的重大发展，也是犯罪治理实践的现实需求。

二、关注刑事政策与刑法的关系

作为显学的刑事政策，既是犯罪治理行为的指南，更是刑法制度的灵魂和核心。具体到刑事政策对刑法制度的指导，我国台湾学者林纪东先生指出：“刑法之定罪论刑，本身不是目的，而只是达到一定目的——防卫社会。预防犯罪的手段，即是一种政策的作用，刑事政策，也就是为刑法定罪科刑基础的政策。所以，刑法之制定与运用，罪刑之确定与执行，都应从刑事政策的观点出发，以是否合于刑事政策的要求为旨归，不合于刑事政策的立法，是不良的立法，离开刑事政策的裁判和执行，也必定是不良的裁判和执行。”^②笔者认为，刑事政策对以刑法立法、司法为核心的刑法实践活动具有重要的影响，在刑事政策一直占据重要地位的我国更是如此。但是在运用刑事政策打击犯罪、保护人民的过程中，必

^① [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，76～80页，北京，法律出版社，2000。

^② 林纪东：《刑事政策学》，9页，台北，中正书局，1969。

须尽量避免可能产生的负面影响。当前，笔者认为应当特别注意以下几个方面的问题。

第一，必须正确把握刑法与刑事政策的关系。刑事政策与刑法既有区别，又有统一。二者的区别在于政策宏观、全面、灵活，而刑法欠缺这些特点，有时会展得片面、机械和迟钝。二者的统一主要表现在追求目的的一致，基本价值取向和基本原则的一致，以及基本内容的一致。刑事政策作为指导反犯罪斗争的战略和艺术，源于刑法实践又高于刑法实践，反过来又指导刑法实践和刑法变革；刑事政策学是“批判刑法学”。而刑法实践与刑法变革虽然受刑事政策的指导，但常常又走在刑事政策和刑法理论的前面。刑事政策与刑法之间呈现一种互动的促进关系，或者说是一种矛盾关系。这种矛盾是推动事物发展和立法完善的原动力，其存在着一定的必然性和合理性。

刑事政策对于刑法制度改革的指导不仅要体现在刑事立法的完善上，如调整刑法体系，修正犯罪概念，完善未成年人刑法，充实与完善刑罚制度，改革死刑制度、自由刑制度和财产刑制度，增加资格刑，修改刑法分则体系，完善相关罪名，也要体现在刑事司法制度（如刑事诉讼制度和刑事执行制度）上。

因此，在实践中要充分认识刑事政策与刑法之间的辩证统一关系，二者不能偏废。如果只强调法律，舍弃刑事政策，那么刑事司法活动的进行就会迷失方向，许多司法工作中出现的复杂问题包括司法标准、界限等方面的问题，就不能得到正确、合理的解决，法律也不会得到很好的适用。从各国的治国经验看，由于刑事政策能够根据社会形势变化及时作出调整，有利于国家对犯罪的控制和打击，因此世界各国的刑事司法活动中几乎都存在着“钟摆式”的刑事政策，不断调整打击犯罪的重点和力度。我国目前推行的宽严相济刑事政策能够准确及时地适应社会形势的变化。

虽然刑事政策对刑事司法活动起价值导向作用、具体指导作用、具体化和弥补法律缺失的作用，但是刑事政策毕竟不是法律，它更重要的是对刑事立法和司法活动起指导作用，既不能将政策等同于立法，也不能将政策作为司法机关定罪量刑的直接依据。因此，在贯彻刑事政策、充分发挥其价值功能时，必须在法律的范围和限度内进行，不能以实施刑事政策为借口而超越法律的规定。在刑事司法活动中，对法律有明确禁止性规定的案件，绝不能有什么“敢闯法律禁区”的思想，不能离开法律另立标准或者擅自更改法律，以所谓政策作为依据来办案。对此，尽管我们基于变革社会的实际需求和相对主义的理论指导提出过“法律的非法”、“非法律的法”等以政策弥补制度供给的概念，但西方国家在刑事政策思想指导下曾经进行过“刑法刑事政策化”与“刑事政策法典化”的尝试，其有正反两方面的结果，正面的结果如重视犯罪预防、吸收保安处分措施等，反面的结果如采取类推原则、为追求防卫社会而牺牲罪刑法法定原则等，都值得我们引以为戒。

第二，刑事政策不能背离法治的基本要求。实行法治也即法律的统治，是人类探索至今所获取的宝贵经验，其基本要求就是确认国家权力的必要，但同时又要加以必要的限制，对于决定公民生杀予夺的刑罚权尤其如此。由于刑事政策影

响着刑事立法和司法的基本价值取向，因此，刑事政策必须符合法治的基本要求，不能为了达到严厉打击犯罪的目的，就以违反罪刑法定原则为代价；不能为了严厉制裁犯罪就以任意羁押公民为代价。我国改革开放以来进行了几次“严打”斗争，其短期效应比较明显，但同时也对刑事法治造成了一定的危害，尤其是对刑事诉讼程序的冲击最大。例如在第一次“严打”斗争中，全国人大常委会通过的《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》(以下简称《决定》)，弱化了被告人许多应有的权利。比如刑事诉讼法明确规定被告人对一审判决的上诉期限是10日，并规定对被告人的上诉权不得以任何形式予以剥夺，但是该《决定》却将几类被判处死刑的犯罪人的上诉期限修改为3日。而实际上，诉讼权利尤其是上诉权最应该得到保障的就是这些“严重危害社会治安的犯罪分子”，因为对他们误判的后果是无法挽回的。其次是“严打”中曾经出现的公开逮捕问题。根据刑事诉讼法的规定，未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。然而在“严打”开始后，一些地方为了震慑犯罪实行公开逮捕，甚至还有地方将犯罪嫌疑人游街示众或者在媒体上曝光，而各种宣传工具对此还进行了很多正面报道，严重影响了民众的法治观念尤其是程序法治观念的树立。再就是所谓公、检、法三家联合办案。“严打”中曾出现“一员代三员”、“一人代三长”的作法，对诉讼结构造成严重的扭曲。很多地方由政法委召集公、检、法三家一起开会，对案件定调子，法律所规定的基本分工、职责、监督、制约机制被完全搁置。这些不符合法治基本要求的作法，应当及时予以调整和废除，否则不仅会给我们的观念带来负面影响，也会给实践工作造成一定的误导，不利于刑事法治的实现。现在提倡的宽严相济刑事政策能够更好地体现法治的要求。

第三，要将尊重和保障人权作为刑事政策的基本原则。所有的犯罪问题及其解决都是围绕着人这个核心的，因此人的权利、尊严、待遇等是我们制定和执行刑事政策、适用刑事法律时首先要考虑的问题。以前我们所奉行的阶级斗争哲学把犯罪人当作敌人来对待，无视其基本权利，因此无论在政策上还是在法律上都犯了很多的错误。现在，在依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略指引下，“尊重和保障人权”已经正式写入了我们国家的根本大法；在改革开放政策的推动下，我国已经签署、批准了一系列保护人权的国际公约，如《联合国经济、社会、文化权利国际公约》、《联合国公民权利政治权利公约》。这些国际公约所规定的人权保障的底线，是我们作为负责任的大国所必须遵守的。而党的十六届六中全会决定指出，使人民的权益得到切实尊重和保障，是构建社会主义和谐社会的目标和主要任务；坚持以人为本，始终把最广大人民的根本利益作为党和国家一切工作的出发点和落脚点，实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益，不断满足人民日益增长的物质文化需要，做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享，促进人民的全面发展，是构建社会主义和谐社会所要遵循的第一原则。因此保障人权这一宪法原则和最高要求不仅应该体现为刑事政策的基本原则，而且还应该通过刑事法律予以全面地贯彻实施。

第四，应当体现刑事政策长治久安的特点，尽量减少阶段性、临时性刑事政

策的制定和适用。尽管与法律相比,刑事政策的一个特点就是灵活性强,能够根据形势发展的需要而适时调整,但是从维护法律的权威性出发,国家应当尽可能地制定和运用能够长期存在、相对稳定和恒久的刑事政策,尽量减少阶段性、临时性刑事政策的出台,避免过于频繁地修改、调整刑事政策。因为长此以往,不仅容易让人对法律的价值、作用及司法的权威和严肃性产生怀疑,给人感觉法律也不过是执政者维护其统治的诸工具中的一种,“用则拿来,不用弃之”,与政策和其他措施相比并不具有更大的价值,而且因为政策的多变和不确定,令人难以捉摸,而最终失效。这种不是“双赢”而是“双失”的局面会严重阻碍我国民众法治观念的确立,影响我国法治化建设的进程。我国的“严打”虽然可以起到保护社会的作用,但是这种阶段性的做法在某种程度上违背了法治要求的普遍守法原则和适用法律平等原则,与依法治国目标不太融合。在我国的司法实践中,有些刑事政策的一贯性就坚持得较好,比如“惩办与宽大相结合”的政策,对少数民族犯罪分子的“两少一宽”政策,对青少年的从宽政策等。我们相信,在总结借鉴国内外治理犯罪宝贵经验基础上提炼出来的宽严相济刑事政策,将是我们在建设小康社会、走向共同富裕、构建社会主义和谐社会过程中应该长期坚持的政策。

第五,要树立刑事政策体系观念,全面、系统、正确地贯彻执行刑事政策。刑事政策本身是一个完整的体系,从纵向看有总刑事政策或者基本刑事政策与具体刑事政策之分,从横向看有刑事立法政策、刑事司法政策等之分,而广义的刑事政策体系又将全部刑事法律纳入其中。总之,法律和刑事政策以及刑事政策体系之间不是互相割裂、单独存在的,刑事政策与法律的各种具体内容构成了一个相互关联、相互融合的有机统一体。在这个有机体中,各种刑事政策具有紧密的联系,任何具体的刑事政策都必然处在这一体系的不同层次中,每一个具体的政策都在这一整体中发挥着作用。因此,对刑事政策不能简单、片面、孤立地运用,而必须注重其整体效应。另外,在刑事司法实践中,必须正确地贯彻刑事政策,不能片面理解,更不能曲解刑事政策的精神。在“严打”过程中执行“依法从重从快”的政策时,曾经出现了各种不正确的理解。有的地方强调从重,不讲区别对待和从宽处理,甚至有人认为中央“对严重的刑事犯罪分子只讲了从重处理,没有讲可以从轻处罚,如果在处理严重刑事犯罪时,考虑从轻条件对其予以从轻处理,则是违背中央文件精神”。因此,在执行“从重”政策时,对自首、立功及有其他法定从轻、减轻情节的犯罪嫌疑人,也不从轻或减轻;有的地方强调从重、乱定指标,提出“判重刑的一定要占70%以上”、“重点打击对象要在法定刑中间线以上判刑”等要求;还有的地方为贯彻“从快”政策,忽视公、检、法三家的分工制约,甚至变相剥夺被告人合法的诉讼权利等。^① 这些做法都严重曲解了“严打”政策的精神,不利于刑事司法目的的实现。宽严相济刑事政策是在对“严打”斗争经验和教训总结反思的基础上,为适应新时期形势需要而提出的,必须认真学习领会,并在实践中不断丰富和发展。

^① 马克昌:《中国刑事政策学》,286页,武汉,武汉大学出版社,1992。

综上所述，刑事政策与刑法关系应有正确定位：二者应该是一种相互制约、相互促进的关系。刑法(主要通过其基本原则)对刑事政策的制约主要涉及刑事政策的制定和实施，这是法治的要求，是权利保障的要求；刑事政策对刑法的指导主要体现在法律的制定、实施和法律变革上，这是时代发展的要求，也是社会防卫的要求。而无论如何，倡行法治、保障人权是刑事政策和刑法都应该奉行的基本原则。

三、改善刑法制度实现长治久安

如前文所言，刑事政策对刑法的指导主要体现在三个方面：法律的制定、实施和法律变革，核心还是刑法制度的完善。之所以将刑事政策指导刑法的三个作用归结为刑法制度的完善，是因为刑法制度是刑事政策最主要的反应方式，应当以善治(政治)为本质，以自身形式、体系、功能的完善寻求犯罪治理的好转。然而，当代中国的犯罪治理存在两个突出的问题：一方面，是刑事政治观念抑或原理的缺失，尤其在狭义(工具)层面上的刑事政策理论，偏好入罪、重刑，与社会治理的系统要求相去甚远。俗话说，日欲落备灯烛，一味地入罪、重刑终归是舍本逐末，于事难补。另一方面，一旦事情发展到难以控制的地步，我们的习惯便是“严打”。实践证明，“严打”往往能收一时之功效，对问题本身并没有太大的作用。因此，刑法制度的完善，亟须通过刑事政治理论的指导，以治恶、求善为本质，成为保障社会的长期合同，不求一时兴起，但求长治久安。

让刑法成为保障社会长治久安的合同，概括为以下三个方面的理解：

首先，确定制度反应的核心地位。制度反应的核心地位是由法治的基本含义决定的。我们知道，法治不仅是良法善治，而且是制度之王(法律)的持久统治。而法律的统治之所以受到尊崇，就是因为其统一、稳定与长期。以《拿破仑法典》为例：法国大革命以后，拿破仑亲自领导立法，制定了不朽的《拿破仑法典》，其中确立的私有财产神圣不可侵犯、契约自由与法律面前人人平等的原则，为世界范围的资本主义经济社会的持续发展奠定了坚实的基础，其作用一点也不亚于铁路、电气等基础设施建设。德国著名法学家耶林在其著作《罗马法的精神》中说：“罗马帝国曾经三次征服世界，第一次以武力，第二次以宗教(天主教)，第三次以法律，武力因罗马帝国的灭亡而消失，宗教随着人民思想觉悟的提高、科学的发展而缩小了影响，唯有法律征服世界是最为持久的征服。”

然而，要想使法律成为制度之王，还要认真研究制度的特点与功能。美国著名学者诺斯认为，“在历史上，人类制度的目的是要建立社会秩序，以及降低交换中的不确定性，并为经济行为的绩效提供激励”，而康芒斯将制度功能描述为，是从利益冲突中产生“切实可行的相互关系”并创造“预期保障”。类似地，阿尔奇安和德姆塞茨认为，制度提供“解决跟资源稀缺有关的社会问题”以及相关利益冲突的方式，制度“帮助人们形成那种在他与别人的交易中可以合理把握的预期”。我们理解，制度是社会秩序的基础，能够为人们提供确定的预期，具有促进经济效率和改进资源分配的作用，为人们提供物质资源和精神价值的保障。简言之，制度就是基于利益反映、冲突的规则体系，也可以理解为具有确定预期、合理保

障的长期合同，具有定纷止争、引导、激励的功能。

其次，研究制度体系，推进国家治理的纵深发展。在制度体系中，作为确定社会主体权利、义务关系基本形式的合同，特别是其中的长期合同，无疑成为减少矛盾纠纷产生的几率、降低交易不确定性、提供预期保障、建立人民对政府信任的最佳工具。法学界、法律界应该对长期合同制度进行专门深入的研究，使其日臻完善；社会各界对于长期合同也应该给予特别的关注，因为这关乎我们的基本权益；而作为国家的治理者们，更应该将主要精力放在事关国家社稷长治久安的制度建设特别是法治建设之上。

与我国改革开放进程同步，我国的法律制度建设也在与时俱进，并力争为人们的行为提供长期而明确的预期，以此激励和约束人们的活动。宪法修订所增加的建设社会主义法治国家、保护私有财产、尊重和保障人权等内容，反映了我们国家治理理念的重大进步，而如何将这全体公民与国家之间达成的社会契约的内容贯彻落实到具体的部门立法尤其是司法、行政管理活动当中，体现在涉及每个公民切身利益的民商、行政合同契约当中，将是我们执政党在新时期面临的严峻挑战。我们要像抓铁路、公路、航空建设等物质文明建设，以满足民众不断增长的物质生活需求一样，抓好精神文明与制度文明建设，以满足民众不断增长的精神需求与制度需求。物质文明建设是百年大计，精神文明与制度文明建设更是百年大计。如果从全球的范围来观察，中国无论在物质文明或者制度文明的角度都是后发国家，在保障公民生活的安定性、创业的长期性和政府管理的有效性等方面与经济发达、法治完善的国家相比都有很大的差距，制度建设的问题就显得尤其急迫。

最后，刑法制度不仅是犯罪治理的专门制度，而且是基本人权和社会治理的制度保障，也是确定社会主体权利、义务关系的长期合同。受狭义刑事政策理论的影响，刑法被当作消灭犯罪的工具，不断地入罪、加刑，借此控制、消灭犯罪。实践证明，基于犯罪原因、功能的复杂性，犯罪治理是一个系统工程，头痛医头，脚痛医脚抑或抓耳挠腮、手忙脚乱类型的惩罚是犯罪治理的大忌。受系统理论和一体化思维的启发，广义的刑事政策理论不仅反对一味地入罪、加刑，而且深入研究犯罪的原因、本质和功能，在此基础上才能科学组织犯罪治理的艺术。

我们知道，引发犯罪的原因相当复杂，不仅一国经济、社会发展的形势可以造成犯罪态势的骤变，即便默默无闻的路灯以及受光照影响的气温也能引起犯罪率的变化。尽管不是路灯抑或太阳惹的祸，但是系统治理的方法必须考虑到这些影响，通过改善城市的照明系统，并随季节变化调整对性犯罪的防控力度等各种方法来应对。相关的方法主要包括经济、宗教、道德、政策、刑罚，等等。仅在政策层面，作为社会政策抑或公共政策的刑事政策还只是以抗制犯罪为直接目的的治理艺术或战略，经济政策和社会政策的重要意义不可小觑。不仅如此，刑法的干预还应当符合谦抑性原则，有发动的必要性和最后性。因此，刑事政策的系统反应首先是基于整体抑或一体化思维的考虑，既是社会整体（国家、社会和个

人)据以组织对犯罪现象反应的方法的总和,也是一个以“治恶”为中心的任务组织起来的多层次、多部类的堤坝(也称刑事政策的体系)。在这个堤坝体系中,为了真正起到治理犯罪水流的作用,高位拦截洪水的刑罚资源必不可少,道德、党纪、行规以及非刑事法律共同组成的底层防御体系也不可或缺。否则,刑罚再重也无异于抽刀断水。

然而,刑法始终都是犯罪治理最重要、最直接的反应方式。出于纠正狭义刑事政策理论的需要,实现犯罪问题的整体治理,我们强调犯罪的经济、社会基础,强调犯罪治理的多元反应体系,这并不是说刑法(尤其刑罚)反应不重要。对此,我们在《刑事政策与刑法》中阐述社会防卫思想的时候作出过说明:“突破传统的刑法领域(刑事责任、刑罚、刑事司法等)——但并不是抛弃刑法,在刑罚领域以外寻求更广泛、更有效的法律(民事的、行政的或其他)补救办法,建立一个既综合又分散的预防犯罪、惩罚犯罪的刑事政策体系……”^①总的来说,广义的刑事政策理论既是犯罪治理观念、方法的革命,行动的指南,也是相关制度发展、完善的号角。在相当长的时间内,我们专注于包括刑事政策概念、方法、体系在内的基本问题的研究,倡导犯罪治理理念的调整。但广义的刑事政策理论并非单纯意义上的理论说教,更不是无病呻吟,而是一场紧密结合中国社会转型的思想运动、立法运动和改革运动,最紧要的就是刑法制度的完善。从这个意义上讲,刑事政策与刑法的完善,既是刑事政策理论作为“立法国家智慧”的直接体现,也是社会治理的系统使命使然,位居长期社会合同(法律制度)的高端,更是中国社会长治久安的保障。

^① 卢建平:《刑事政策与刑法》,79页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

第一章

刑事政策的基本问题

在刑事政策理论日益繁荣的背景下坚持研究刑事政策的基本问题，主要有两点考虑：一个是狭义刑事政策理论（工具刑事政策理论）的纠正；另一个是刑事政策实践（尤其是刑事立法、司法）的改善。在工具刑事政策理论的去留中，我们通过刑事政策含义、善治理论以及系统科学的应用，初步确立了广义的刑事政策（亦称刑事政治）思想。区别于狭义的刑事政策理论，广义的刑事政策理论不仅具有突出的跨学科、相对主义特征，在自身发展，尤其决策、执行方面也有严格的体系和要求。因此，刑事政策的基本问题仍然具有重大的理论和现实意义。

系统地看，广义刑事政策理论的研究是从犯罪原因、功能的检视开始的。笔者认为，基于犯罪原因、功能的复杂性，犯罪治理是一个系统工程，类似中医的综合治理，而绝非西医的外科手术。然而，1949年以来，受各种因素的影响，我国治理犯罪的指导思想长期偏离系统治理的根本要求。突出的情况主要有两种：一个是“以政干法”的情形，该情形下，政策压倒法律，令从口出，相当随意；另一个是基于彻底消灭犯罪的理念，试图以“严打”的方法寻求犯罪治理态势的根本好转。该两类情形，不仅长期影响我们的犯罪治理决策，而且至今还在发挥“重要的”指导作用。

新中国成立初期，受特定历史条件的限制，出现“以政干法”或者政策压倒法律的情形有一定的必然性。1949年2月，中共中央发布的《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则》在宣布“人民的司法工作不能再以国民党的六法全书为依据”的同时，也表达了要“以人民的新的法律作依据”的愿望。但是，“在人民的新的法律还没有系统地发布以前，应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军已发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据。尤其司法机关”不仅要坚持“有纲领、法律、命令、条例、决议规定者，从纲领、法律、命令、条例、决议之规定；无纲领、法律、命令、条例、决议规定

者，从新民主主义的政策”的办事原则，同时还要“以学习和掌握马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观及新民主主义的政策、纲领、法律、命令、条例、决议的办法，来教育和改造司法干部”，并以此提高“我们司法干部的理论知识、政策知识与法律知识的水平和工作能力”。不难看出，有关的治理方式，马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观居于最高地位，新民主主义的政策次之，纲领、法律、命令、条例、决议居于最后。其中，马列主义、毛泽东思想的国家观、法律观(不是法律本身)、党的政策、新民主主义的政策、人民政府与人民解放军发布的各种纲领、命令、决议又都是执政党政策的表现形式。因此，执政党的政策一开始就取得了压倒法律的地位和性质。

严格说来，政策(政治)以善治为本意，并以求善为目的。它和治恶的法治，犹如硬币的两面，本质相通，不可分离。但是，二者求善的路径不完全相同。法治抑或通过法律的统治，在理性、恒定和可预期方面所具有的功能，更有利于权力的限制。与之相反，政策是社会力量的利益主张，具有利益最大化的本能，本身就需要借助外在力量(包括其他社会力量的利益主张)的制约才能实现妥协(公共的善)。因此，政策不能成为社会治理的最终力量，尤其单方面的利益主张，自身的约束就是一个严重的问题，如何还能系统地承载起制约权力的职责？申言之，政策的反应往往是感性的，零散的，一旦失去法律的制约，很容易受到强势力量甚至个人的支配。相对来说，法律则更有可能组织起系统的反应，更好地实现制约权力的目的。

至于“严打”寻求犯罪治理态势根本好转的愿望，一方面，违背了犯罪作为一种社会病必然存在于人类社会各种形态及其阶段的原理，犯罪既不可能被根除，也不存在一劳永逸的治理方法。另一方面，犯罪作为人类社会这个有机体所制造的“废物”，不仅源自有机体本身各方面的因素，而且具有正、负两个方面的价值抑或功能，该不该一概加以清除抑或惩罚都是一个问題，更何况一律“严打”？以政治犯罪为例：所谓政治犯罪往往是先知先觉领先于时代抑或常规的行为。在当时的法律看来，先知先觉的行为或许就是违法犯罪的，但这些违法抑或犯罪的行为不仅产生于现行统治的弊端，孕育着未来社会的发展形态，还是促进社会发展的重大力量，是不假区分地“从重、从快”还是基于系统治理的需要加以引导、吸收，这是抗制犯罪的艺术问题。

概言之，“以政干法”与“严打”惩治犯罪的方法从犯罪原因、功能和治理方法等方面看都存在片面性，而且在实践层面上还带来诸如政策法律汗牛充栋、有效制度严重不足、司法机关人满为患、手忙脚乱但又人浮于事等一系列问题。说到底，我们的犯罪治理不仅需要认识到犯罪原因、功能的系统性，还要根据整体治理的需要，从治理的目的、方法、进路等方面着手做出系统的安排。否则，既像只知道反复加面、加水的笨媳妇，也像只知道挥舞着大棒的莽汉，靡费了司法资源不说，还会耽误犯罪治理的大好时机。