

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Theory of Criminal Justice Policy
刑事司法政策原理

周建军 著

清华大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates

Theory of Criminal Justice Policy

刑事司法政策原理

周建军 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法政策原理 = Theory of Criminal Justice Policy / 周建军著. — 北京:清华大学出版社, 2011.9

(中国法学前沿. 研究生教学参考书)

“十二五”国家重点图书出版规划项目

ISBN 978-7-302-26757-7

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑事政策—法的理论—研究生—教学参考资料

IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 185129 号

责任编辑:李文彬

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:17.25 插 页:2 字 数:335 千字

版 次:2011 年 9 月第 1 版 印 次:2011 年 9 月第 1 次印刷

定 价:38.00 元

产品编号:043519-01

本书曾获“首届京师高铭暄刑事法学优秀学术成果奖(博士学位论文类)”二等奖和 2010 年度“教育部人文社会科学研究西部和边疆地区青年基金项目”(10XJC820012)的资助。

给建军的序

2005年8月,我们在北京师范大学建立了独立运行的刑事法律科学研究院,2006年的博士招生就是研究院成立后的第一届。这一届我一共招了4位博士研究生,在近些年里算是最多的。当然,我心里也很清楚,这样的好年成以后不会再有了,就像邓丽君的歌里所唱的,“好花不常开,好景不常在”。首先是因为研究院的成立具有相当的轰动效应,所以当年前来报考硕士、博士者云集;再者,北师大领导也给我们这些初来乍到的新成员、刚刚成立的新机构以政策性支持,我自己研究政策的,自然明白政策的特殊性和时效性。果然,当我们在北师大站稳脚跟、研究院的发展趋于正常以后,我们的招生规模也就回归到了正常的水平,每个导师一年也就招一到两位博士生,再多就是奢望了。

在我个人的价值观里,并没有“多就是好”这样的观念,加减乘除里,我对除法情有独钟,因为除法最能揭示整体和部分、社会与个人的关系,除法也和法学中的权力分配同理。但这只是一般而论,而我常常戏言:我是二般(班)的(好像读书期间我从没有在一班读过,都是在三班、四班里!)。因此,对于多和好的关系,我也觉得应该辩证地看,特别是和特定的历史时期联系起来。比如说,我们这个团队刚刚“突出重围”来到北师大,创业初期就该有一点“四方响应、八方来投”的气象。当然,这并不是说,我们是“土匪占山头拉队伍”,不分良莠,来者照单全收!所有考生都是经过了严格的考试的,先是笔试,然后是更为严格的复试,最后得以入围的都是优秀的青年才俊!周建军即是其中之一。

建军他们入学的时候,恰逢宽严相济刑事政策迅速升温的时候,而我长期关注刑事政策领域的理论与实践,特别是刑事政策与刑事法律的关系问题,很想这样难得的历史机遇面前有所作为,有所收获。由于人类自身能力的局限,法律本来就如断臂的维纳斯,是一门残缺的艺术,需要政策、道德、习惯等制度的辅佐。古往今来,关于法律的能与不能、有限与无限、成文与不成文、稳定性与变动性、实质正义与形式正义等的讨论亘古不绝,由此形成法学领域林林总总的百家学说和世界各国丰富多彩的法治百花园。幅员辽阔、历史悠久的中国正处在前所未有的伟大社会变革之中,其变革规模之大、范围之广、程度之深、频率之快,史所罕见。在如此波澜壮阔的历史变革进程中建设中国特色的社会主义法治无疑是世界法治进程中最富挑战性的事业,而在如此剧烈变革的社会中探索确立良法善治(good governance of good law)又何尝不

是中国法治的最大特色？作为法律体系中“最后法”的刑法，在中国社会变革进程中的作用毋庸置疑，但其在满足社会制度需求方面所存在的种种不足或称“短缺性”也暴露无遗。为了弥补刑法体系的不足或缺陷，刑事政策体系的作用得到了充分的发挥，刑事政策的实践丰富而多彩，以宽严相济刑事政策为指导的各种刑事司法改革创新在全国到处涌现。宽严相济虽然是治国理政历史经验的高度概括，但宽与严何者为先，宽与严如何相济，达致平衡，也不是历朝历代的统治者都能交出合格答卷的。新中国的刑事政策从镇压与宽大相结合到惩办与宽大相结合，再从“严打”到宽严相济，走过了极不平凡的发展历程，人们对宽严相济刑事政策的总体定位和具体内容的认识也在不断深化。宽严相济，首先是宽严有别，轻重有别，轻罪轻罚，重罪重判，区别对待，但孰轻孰重，轻罪重罪如何区分，在政策上法律上如何区别对待，却是我国理论界研究不多的问题。而宽严相济从初始阶段的刑事司法政策升格为现在的基本刑事政策，其作用领域空间究竟是刑事司法还是刑事立法？在中国特色社会主义法律体系已经形成，社会主义法治趋于完善的大背景下，如何看待分析刑事政策与刑法（广义地说是包括刑事程序法、刑事执行法等在内的刑事法律体系）之间的复杂关系，如何扬刑事政策之长以弥补刑事法律之短，如何在社会剧烈变动中构建刑事法治，维护法的安定性和权威性，从而抑制刑事政策的“路径依赖”和扩张冲动？如何理顺刑事政策与刑事法律的关系，既能使宽严相济刑事政策得到圆满的贯彻执行，又能够促进刑事法治的建立与完善？这些问题既是长期萦绕在我脑海里的理论困惑，也是当前我国刑事领域立法、司法、执法工作和理论研究所面临的重大现实问题，需要深入研究。于是我就凭直觉给他们四个下达了研究任务：李汝川负责《重罪政策研究》，田兴洪专攻《轻罪政策研究》，周建军负责《刑事司法政策研究》，邢冰承担《刑事立法政策研究》。令人欣慰的是，经过努力，他们基本完成了在各自领域的研究，并且将自己的研究成果呈现出来了。现在大家读到的就是建军在博士论文基础上再加工的作品，也是我们一直以来营造的刑事政策共同花园里的一株新苗。

在建军着手写作博士论文的时候，宽严相济已经从最初文本中的“刑事司法政策”的表述逐步转化为如今的“基本刑事政策，贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程，是惩办与宽大相结合政策在新时期的继承、发展和完善，是司法机关惩罚犯罪，预防犯罪，保护人民，保障人权，准确实施法律的指南”，但我以为，关于刑事司法政策基础理论的研究在我国仍然具有开创性的意义。在法治发达、法律文化传统深厚的国家，刑事政策的地位同样重要，但其作用的方式不同：大陆法系国家秉持成文法传统，刑事政策的作用对象和领域主要为立法活动，因此在德语、法语里，刑事政策(kriminalpolitik, politique criminelle)常常被解读为“刑事政治”；而英美法系国家继承判例法文化，刑事政策主要调整刑事司法，其语言表述通常是“criminal justice policy”（即

刑事司法政策)。中国就法律传统而言属于大陆法系,可惜这一传统在新中国成立后一度中断,新中国在很长时期内处于“政策治国”即“政治”的统率之下。虽说中国的法治在重建之中,中国特色社会主义法律体系也已基本建成,但这一体系本身需要在实践中不断地发展和完善,而在这一体系中政策与法律、政治与法治的关系问题更需要在理论和实践的两个层面进行深入的研究。就刑事法领域而言,经过60多年的发展,新中国的刑事法律体系已经相对发达,能够基本适应社会的需要,但距离“良法善治”的法治目标还很遥远,与当今法治发达国家的刑法体系、制度相比,也有不小的差距;现实地看,刑事法律体系在适应日新月异、一日千里的社会变革方面相对滞后。在立法改进相对缓慢、制度变革相对迟缓的时候,政治或政策的调整、指导就会有很大的作用空间。就此而言,在中国,虽然刑事政策的应然状态应该是一种立法政策,但就实然意义上讲,刑事政策主要还是一种司法政策,即针对刑事司法实践、在动态的刑事司法活动中发挥作用的法律之外或之上、不具法律外形的实质的法,我称之为“非法律的法”。刑事政策的这一定位,既有中国特殊的法律传统,也有当今诸多的国情因素的限制,还由刑事政策自身的特性决定。建军敏锐地捕捉到了中国刑事法治建设中制度供给与制度需求之间的矛盾(按他的说法,制度需求是变革社会中的政治问题),立足政治学、经济学和法哲学的高度,分析了刑事司法政策与刑事法律的冲突情形,阐明了刑事司法政策存在与作用的合理区间与基本原则,探讨了刑事司法政策的形成与执行,最后结合当前丰富多彩的刑事政策实践,中肯地指出了刑事司法政策在法治语境中的困境。这种辩证、科学的刑事司法政策观在当今的刑事政策学界较为独特,而其论证也是非常充分的;这一结论也完全得到了中国社会实践的佐证。正因为如此,建军的博士论文在答辩时得到了各位评委的一致好评,获得了优秀成绩;如今又经过了修改、补充、完善得以在清华大学出版社出版,并进入“十二五”国家重点图书出版规划项目,更是对建军多年潜心研究的勉励与褒奖。

无论是在浙江大学任教,以后在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作期间,还是到北京师范大学刑事法律科学研究院重新创业以来,我和我的同事、学生始终将刑事政策与刑法变革作为研究的重点,并以中国轰轰烈烈的刑事政策和刑法变革实践为研究的素材,积累了一批研究成果。1989年我得到了国家社科基金资助的《刑事政策研究》项目;2006年谢望原教授和我共同主持完成了国家社科基金研究课题的最终研究报告《中国刑事政策研究》(中国人民大学出版社,2006年版);2007年我主持编写了《刑事政策学》教材(中国人民大学出版社);2008年我又得到了国家社科基金资助的重点项目《刑事政策与刑法制度变革》;2009年主持完成了《中国刑事政策研究综述》(中国检察出版社2009年版);我还主持出版了全国第一份刑事政策研究的连续出版物《刑事政策评论》(后更名为《京师刑事政策评论》),迄今已出版三期。而我

历年所指导的博士研究生也撰写了一批在刑事政策领域具有创新意义的博士论文，探讨了诸如刑事立法政策、刑事司法政策、重罪刑事政策、轻罪刑事政策、刑罚政策、行刑社会化政策、犯罪分层、刑事政策体系中的民间社会、无被害人犯罪、被害调查、刑事和解等重要问题。他们的研究成果多数都已经正式出版，其社会影响正在显现。于我个人而言，学生们的研究不仅对于我的思考有很大的帮助和促进作用，而且也让我从中体会到了“吾道不寡”的欣慰与师生互学、教学相长的快乐。

收到建军发来的书稿，正是北京乍暖还寒的时节，而南方已是春意盎然。我虽久居北地，但对于故乡的春天无限向往。我知道，建军除了钻研学问，也是喜诗好词的文学青年。特录白居易的《钱塘湖春行》，以表达我此刻的心情。

孤山寺北贾亭西，
水面初平云脚低。
几处早莺争暖树，
谁家新燕啄春泥。
乱花渐欲迷人眼，
浅草才能没马蹄。
最爱湖东行不足，
绿杨阴里白沙堤。

卢建平

2011年初春于时雨园

自序

尽管敝人的博士论文《刑事司法政策的基本问题》拿到了毕业答辩的“优秀”，此后还获得了“首届京师高铭喧刑事法学优秀学术成果奖(博士学位论文类)”的二等奖，但恩师卢建平教授和我都知道，该论文有待完善的地方还挺多的。抱着成熟一本出版一本，绝不滥竽充数的原则，毕业后又对刑事司法政策的基本问题进行了系统的规划，并以此为基础获得了2010年度“教育部人文社会科学研究西部和边疆地区青年基金项目”(10XJC820012)的资助。此后，有关研究的进度大为加快，从刑事司法政策经济原则、人道原则的增加，到刑事司法政策的进路与实践空白的填补，可谓一气呵成。

回顾整个研究的思路，刑事司法政策的概念、样态、原则和形成是整个刑事司法政策理论体系的基础，我们将其称为刑事司法政策的基本问题抑或基本原理。作为刑事政策的一个分支，刑事司法政策的研究在国内外具有迥然不同的地位。一方面，国内研究刑事政策的学者、作品的数量相对于西方发达国家而言已经取得了压倒性的优势；另一方面，对刑事司法政策的专门研究，无论概念、样态、原则抑或形成，都没有引起足够的重视，尤其上述基本问题的系统提出，无论国内还是国外，都是第一次。

既然是刑事司法政策基本理论研究的尝试，我们就未必能解决所有的问题。但是，有一点是值得指出来的，刑事司法政策与刑事法律的冲突由来已久，对应于宽严相济刑事政策指导下的刑事司法改革，这个问题甚至关系到有关改革措施能否正当存在的问题。因此，刑事司法政策有关理论的探讨莫不是围绕着这个问题展开的。然而，刑事司法政策与刑事法律的冲突远不是康德抑或黑格尔层面的“有”、“无”探讨，在变革社会情形下的当代中国，不仅要吻合辩证法的思想，还具有极为紧迫的制度供给任务。

为此，我们需要审慎对待各类刑事司法政策主张。其中，即使批评我们的执政党长期具有“以政代法”的倾向，也算不上最为难的事情。更有甚者，一体化视野的刑事司法政策主张还要拿当代中国最为流行甚至深入人心的“形式法治观念”和“严格的罪刑法定主张”开刀，不可谓不具有挑战性。我们明白，稍有不慎，极有可能丢盔弃甲、溃不成军。但是，能回避吗？一方面，刑事司法改革已是满月之弓，箭在弦上，不

得不发;另一方面,改革开放以来的那一丁点法治成就还一定要得以保全才是。亦如文中所言:“一方面,政策决不能超越法律的界限直接作用于社会关系,否则无异于饮鸩止渴;另一方面,禁绝政策的作用空间,无异于邯郸学步,贻误了变革社会的时机且不说,还会产生庞大的社会成本,甚至威胁到国家的政治基础。”

俗话说得好:“事因难能,所以可贵。”根据恩师卢建平教授的刑事政治主张,我们按照二律背反的原理,搬出了拉德布鲁赫的镇山之宝,结合刑事一体化的理论,将刑事法治理论演绎为以下三个方面的主张:

第一,就政策与法律的冲突情形而言:政策,上不能超越法律的界限,下绝不至于被禁绝适用,此中的范围大小,既取决于法律体系的完备程度,也取决于社会的情势变更。就算转型完成、法治实现,法律制度极其完备,也可谓“法有限而情无穷”,政策必然存在于立法和司法的各个环节,影响司法人员的取向和判断,指导市民理解法律、信仰法律。因此,政策与法律的博弈,虽可谓此消彼长,但绝不至于一方唱罢,一方登场。

第二,就刑事司法政策的基本理论而言:一方面,刑事司法政策就是社会力量的刑事司法利益主张,表现为抗制犯罪的刑事司法反应。在刑事政策的体系中,刑事司法政策隶属于为组织反犯罪斗争的司法艺术和战略的一个部分,共同服务于抗制犯罪的社会实践。另一方面,刑事司法政策是一个跨学科的研究,和政治学、犯罪学、经济学、社会学等学科都具有密切的联系,并因此需要结合政治系统理论、犯罪学经验基础和司法资源、效率等问题展开批判研究。

第三,就刑事司法政策实践而言:理论的生命在于应用,亦如恩师卢建平教授所言:“对刑事政策的研究来说,定义是次要的,最主要的还是刑事司法政策的实践。”因此,我们没有忘记在基本理论部分阐述刑事司法政策形成、执行的基本问题。除此之外,宽严相济刑事政策既是一个基本刑事政策,也是一个刑事司法政策,不仅满足当代中国反思严打政策的需要,也适应利益多元、目标折中、容忍的要求。在立法路径受阻的情况下,刑事司法执行具有更加突出的意义。

我们始终认为,虽然刑事司法政策的概念、样态、原则和形成无异于刑事司法政策的根本所在,但绝不能说刑事司法政策的基本理论仅限于此。以我们讨论过的“刑事司法和刑事立法的冲突”问题为例:基于一种审慎的态度,我们着力讨论了刑事司法政策在制度供给方面的意义和路径。然而,仅从制度供给的层面来讲,刑事司法改革在实质正义的指引下所能创新的制度总是有限的。即使这么一种有限的制度供给,已经引发了政策和法律的冲突。可见,依靠刑事司法来满足变革社会的制度需求绝非久远之计。为此,在卢建平教授的精心指导下,我们还共同对刑事法修正抑或立

法中的政策问题做了专门研究,有关成果发表在 2009 年第 5 期的《公安学刊》(详见本书第 5 章第 2 节),并将其作为刑事司法政策实践亟待解决的难题之一。概而言之,不仅刑事司法改革的成果亟须在刑事立法的层面修成正果,而且刑事司法政策的指引也有赖于刑事立法政策的认可。就此而言,我们的研究也才刚刚开始。

周建军

2011 年 5 月于昆明

目 录

导言	1
第一章 刑事司法政策的二律背反	7
第一节 制度需求:变革社会中的政治问题	7
一、变革社会与制度需求	7
二、当代中国的变革情形	9
三、根本问题:刑事制度的需求	10
第二节 法律的不法和非法律的法	11
一、法律的不法	12
二、非法律的法	15
三、法的二律背反	17
第三节 制度供给:政策与法律的冲突	18
一、刑事政策与刑事法律的冲突	19
二、刑事政策的制度供给	20
三、刑事司法政策的选择	25
第二章 刑事司法政策的样态	29
第一节 刑事司法政策的内涵	29
一、刑事的含义	29
二、司法的含义	32
三、政策的含义	36
四、刑事司法政策的含义	42
第二节 刑事司法政策的渊源	48
一、刑事司法政策的本原	48
二、刑事司法政策的形式	58
第三节 刑事司法政策的特征	64
一、刑事司法政策的公共性	64
二、刑事司法政策的综合性	65
三、刑事司法政策的实践性	66

四、刑事司法政策的批判性	67
第三章 刑事司法政策的原则	74
第一节 法治原则	78
一、法治原则的内涵	78
二、法治原则的样态	82
三、法治原则的路径	85
第二节 人道原则	94
一、人道原则的含义	94
二、人道原则的样态	104
三、人道原则的路径	110
第三节 适度原则	121
一、适度原则的含义	122
二、适度原则的样态	125
三、适度原则的路径	131
第四节 刑事司法政策的经济原则	141
一、经济原则的含义	143
二、经济原则的样态	159
三、经济原则的路径	171
第四章 刑事司法政策的形成与执行	173
第一节 刑事司法政策的形成	173
一、刑事司法政策的形成模式	173
二、刑事司法政策的合法形成	178
第二节 刑事司法政策的执行	187
一、政策的执行	188
二、刑事司法政策的执行	194
第三节 宽严相济刑事政策的形成与执行	201
一、宽严相济刑事政策的形成与含义	201
二、宽严相济刑事政策的层次	205
三、宽严相济刑事政策的执行	207
第五章 刑事司法政策的进路与实践	217
第一节 权利意识是改善刑事决策的基础	217
一、为伊人憔悴:决策难题何其多	217

二、灯火阑珊处：权利意识是基础·····	218
第二节 刑事法修正中的政策问题·····	218
一、刑事法修正的政策属性·····	219
二、刑事法修正的参差情形·····	221
三、刑事诉讼法修正的政策反应·····	223
第三节 刑事证据立法：谁的证据，谁的团·····	226
一、刑事立法、司法一团乱麻·····	226
二、“两个规定”：你是谁的证据·····	227
三、刑事证据立法：我的证据，我的团·····	228
第四节 刑罚改革政策论纲·····	229
一、刑罚改革的多元利益·····	230
二、刑罚改革的决策·····	233
三、刑罚改革的进路·····	236
四、刑罚改革的合法化·····	242
参考文献·····	244
致谢(代后记)·····	257

导 言

一、研究缘起和目的

本研究缘起于宽严相济刑事政策指导下的刑事司法改革：一方面，从被害人补偿、刑事和解、暂缓起诉、社区矫正到死刑的司法控制，当代的司法制度变革可谓风起云涌；另一方面，相关的刑事司法改革已经引发了政策与法律的冲突，有些冲突甚至已经达到了严重的程度。很显然，社会效果的利好尚不足以说明有关措施的正当合法，问题的解决还有赖于刑事司法政策基本理论的说明。

一方面，作为刑事政策的一个分支，刑事司法政策的基本理论是刑事政策理论的继承和发展。因此，有关的情形还取决于刑事政策的研究。近 30 年来，西方刑事政策研究的集大成者米海依尔·戴尔玛斯-马蒂教授 1992 年在法国出版了《刑事政策的主要体系》。8 年之后，以《刑事政策的主要体系》为代表的广义刑事政策理论经卢建平教授介绍传入中国。区别于狭义的、工具意义上的刑事政策理论，广义的刑事政策理论是政治学意义上的刑事政策研究，既是决策科学，也是决策艺术，还具有突出的批判特性。至此，刑事政策理论才获得了自在、自为的发展，不仅具有了独立的学术品格，而且奠定了刑事司法政策的理论基础。

刑事司法政策的基本理论，主要是指刑事司法政策的概念、样态、原则以及形成等问题。这些问题，既是刑事司法政策原理的基本问题，也是刑事司法政策的本质所在。“探经义之渊源，是非纷若；考辞章之声律，去取昭然。”^①刑事司法政策基本理论的研究，目的还在于刑事司法政策实践。而当代刑事司法政策实践的最大问题，就是刑事政策与刑事法律的冲突。“以政代法”的传统在我国渊源久远，不仅不利于民权的保障，有悖于司法公正的要求，归根到底也违反了刑事法治的根本要求。因此，刑事司法政策与刑事法律的冲突不仅关乎宽严相济刑事政策的根本，也是刑事法治亟须解决的疑难问题。

另一方面，当代中国的刑事司法改革也具有箭在弦上，不得不发的缘由。变革社会是当代中国的根本特征，因制度转型带来了犯罪高发、制度短缺等一系列问题。研究表明，及时提供符合市场经济特征、满足社会发展需要的刑事制度是抗制犯罪的有

^① 苏轼：《复改科赋》。

效方法。刑事制度的供给,存在刑事立法和刑事司法两种途径。毫无疑问,刑事立法才是供给刑事制度的根本方法。然而,立法也不是万能的。根据法理学的研究,立法不仅具有滞后的根本特性。以当代中国的情形而论,尽管规范刑法的及时修正稍好一些,但其他刑事立法还具有突出的仓促立法、因案立法、因人立法以及因领导人意志的更张而立法的严重情形,以至于刑事立法反映民众抗制犯罪需要的能力整体而言还相当低下。在这么一种情况下,刑事司法先行实验制度创新的方法,广泛施行刑事司法改革措施,也确有不得已的苦衷。

当然,司法的制度创新也并非肇始于当代中国的情形。对此,广为应用的判例法制度就是一个最好的说明。在此之外,拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)提出的“法律的不法”和“非法律的法”对变革社会情形下的刑事制度甄别、供给也具有突出的意义。正像牛顿运动定律不可能第二次被发现,人文历史的相似性远大于自然科学。拉德布鲁赫先生上述孪生于法律与政治学科的命题不仅在“超法律根据”方面与广义的刑事政治原理甚为契合,而且还可以为政策抑或正义指导下的制度供给提供指导原理和路径。

以此为基础,我们在政治学的基础上展开了刑事司法政策的研究。其目的在于既要解决市民社会旺盛的正义需求与司法制度供给不足之间的矛盾,也要回答包括刑事司法实践能不能走在刑事法理论,甚至刑事立法前面的重大问题。归结到一点,我们之所以在刑事政治层面梳理刑事司法政策的概念、样态和原则,就是为了在肯定刑事司法政策之必要性、合理性的同时,调和其与刑事法律的关系,从而保证刑事司法政策的正确应用,就是想通过刑事司法政策基本理论的返璞归真实现对刑事司法改革的正当引导。

二、研究现状和创新

虽然两大法系的刑事司法制度差异很大,但是都有比较成熟的刑事司法政策。以德、法为例,该两国的刑事政策研究领先于其他欧陆国家。其中,马克·安赛尔先生将刑事政策视为“观察的科学”与“组织反犯罪斗争的艺术与战略”的命题在刑事政策史上具有划时代的意义,至今还引领着刑事司法政策的品格和方向。拉德布鲁赫跨法律、政治学科的法哲学本身就蕴涵着丰富的刑事司法政策思想,尤其“法律的不法和非法律的法”所确立的“不法的法律”标准为刑事司法制度变革提供着重要的指导思想,自然也具有重要的刑事司法政策地位。当代大陆法系国家的刑事司法政策,主要受人道主义和新社会防卫思想的影响,折中了社会防卫和人权保障思想的轻刑化、个别化、两极化的刑事司法政策,在法治主义、犯罪者处遇、刑事被害人保护、非犯罪化等方面都有比较成功的实践。

欧美国家的刑事司法向来重视实践理性,但也有大量研究刑事司法政策的专门作品。如《Criminal Justice Policy Making》(Jodi Lane and Joan Petersilia, Westport, Conn. Praeger, 2002)、《Criminal Justice Policy》(Jodi Lane and Joan Petersilia, Cheltenham, UK; Northampton, MA; E. Elgar, 1998)、《The Media and Criminal Justice Policy: Recent Research and Social Effects》(Ray Surette, Springfield, Ill., U. S. A.; C. C. Thomas, 1990)、《Implementing Criminal Justice Policies》(Merry Morash, Beverly Hills, Calif.; Sage Publications, 1982),等等。总的看来,其刑事司法实践主要受轻轻重重刑事政策的影响。在“轻轻”方面,提出了法律上的非犯罪化、事实上的非犯罪化、非刑罚化、非监禁化等“轻轻”路径,形成了发达的辩诉交易和转向处分制度,罚金刑、社区服务刑、缓刑等也获得了广泛的应用。与之相反,鉴于有组织犯罪和恐怖犯罪等的巨大危害,允许秘密拍照、录音、录像,给予更为严厉的量刑、行刑制裁的“重重”趋向也很突出。值得特别指出的一点是,美国有发达的政治学说,包括政治系统理论在内的各种政治理论对刑事政策、刑事司法政策的内生原则、体系化、民主化都产生了重要影响。

我国台湾地区的刑事政策概念研究受德、日影响较多。尤其日本的刑事政策学说,不仅主、客观主义,新、旧派刑法理论在台湾地区各有代言,而且各成体系。但是,台湾地区的刑事政策理论,从林纪东、张甘妹、谢瑞智、林东茂到徐福生等,一概主张狭义的刑事政策学说。受其影响,台湾地区的刑事政策、刑事司法政策研究,不仅功利特性突出,而且系统研究相当不足。以2005年修正“刑法典”为例:尽管“宽严并进”的刑事政策将有关的修正划分为从严和从宽两个方面,具有一定的突破意义,但对于该二者之间的辩证关系几乎没有太多的考虑,这样的划分无疑过于粗糙。

我国大陆地区的刑事司法政策,一方面,从刑事司法政策的实践来看,政策和法律长期得不到区分。1979年刑法典制定后,虽然政策逐渐退出了刑事法律渊源体系,但是政策即法律或准法律的观念仍然根深蒂固,混淆政策和法律的现象也常有发生。另一方面,从刑事司法政策抑或刑事司法政策的研究来看,撇开广义的刑事政策(政治)概念,我们还有储槐植教授的关系刑法设想。受其影响,刑法学不仅已经发展成为仰望政治学、俯视经济学、前瞻犯罪学、后顾行刑学(监狱学),并环视各部门法学的成熟学科,其与各学科结成的关系网络也开始在学科批判和实践指导等方面发挥出规范刑法不曾有过的作用。具体到刑事政策的研究作品:一方面,从1980年至今,在中国期刊网全文数据库进行严格的“刑事政策”主题搜索,计论文2044篇(其中刑事司法政策论文375篇,仅宽严相济的刑事政策研究就有225篇),即便以“刑事政策”为