



刑事政策与刑法关系论

On Relationship Between Criminal
Policy and Criminal Law

柳忠卫 著



刑事政策与刑法关系论

On Relationship Between Criminal
Policy and Criminal Law

柳忠卫 著

图书在版编目(CIP)数据

刑事政策与刑法关系论 / 柳忠卫著. —北京:法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8254 - 7

I. ①刑… II. ①柳… 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(2015)第 177054 号



责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 19.5 字数 323 千

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8254-7

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

基金项目

国家社会科学基金后期资助项目，项目编号：11FFX014

目录 Contents

第一章 刑事政策的基本界定 / 1

一、刑事政策的语词渊源 / 1

(一)政策的词源 / 1

(二)刑事政策的词源 / 6

二、刑事政策的含义 / 9

(一)刑事政策的目的 / 10

(二)刑事政策的对象 / 15

(三)刑事政策的手段 / 18

三、刑事政策的界域:刑事政策与社会政策的界分 / 24

(一)关于刑事政策界域的观点分歧 / 24

(二)本书关于刑事政策界域的基本观点 / 27

四、刑事政策的主体 / 31

(一)刑事政策的主体指的应当是制定主体 / 31

(二)市民社会不是刑事政策的主体 / 33

(三)地方国家机关不是刑事政策的制定主体 / 38

第二章 刑事政策与刑法关系的一般考察 / 42

一、刑事政策与刑法关系的历史考察 / 42

(一)中国刑事政策与刑法关系的历史 / 42

(二)国外刑事政策与刑法关系的历史 / 65

二、刑事政策与刑法关系的模式 / 76

(一)刑事政策与刑法关系模式的界定 / 76

(二)刑事政策与刑法关系模式的基本类型 / 79

(三)中国刑事政策与刑法关系模式的应然选择 / 85

三、影响刑事政策与刑法关系的因素分析 / 91

(一)国家的政治体制 / 91

(二)特定时期的犯罪态势 / 95

(三)刑事法理论 / 98

第三章 刑事政策的刑法化 / 102

一、刑事政策刑法化的一般考察 / 102

(一) 刑事政策刑法化的界定 / 102

(二) 刑事政策刑法化的条件 / 104

(三) 刑事政策刑法化的形式 / 107

(四) 刑事政策刑法化的限度 / 110

二、刑事政策与犯罪圈的界定 / 113

(一) 刑事政策与犯罪化 / 113

(二) 刑事政策与非犯罪化 / 116

三、刑事政策与刑法立法模式 / 123

(一) 刑法立法模式概述 / 123

(二) 我国刑法立法模式的现状与问题 / 130

(三) 刑事政策视野中的我国刑法立法模式的完善 / 132

四、刑事政策与犯罪构成模式 / 133

(一) 犯罪构成模式的界定 / 133

(二) 犯罪构成模式设计的刑事政策功能 / 142

(三) 中国现行犯罪构成模式的问题剖析 / 149

(四) 刑事政策视野中的犯罪构成模式改革 / 156

五、刑事政策与犯罪未完成形态的立法模式 / 169

(一) 犯罪未完成形态立法模式的一般考察 / 169

(二) 犯罪未完成形态立法模式的刑事政策功能 / 175

(三) 刑事政策视野下中国犯罪未完成形态的立法缺陷 / 179

(四) 刑事政策视野下中国犯罪未完成形态的立法完善 / 184

六、刑事政策与共同犯罪立法模式 / 188

(一) 共同犯罪立法模式的理论考察 / 189

(二) 共同犯罪立法模式的刑事政策功能 / 196

(三) 中国共同犯罪立法模式的功能性缺陷 / 204

(四) 中国共同犯罪立法模式的理性建构 / 216

第四章 刑法的刑事政策化 / 228

一、刑法的刑事政策化的理论界定 / 228

(一) 刑法的刑事政策化的思想源流 / 228

(二) 刑法的刑事政策化的含义 / 235

(三) 刑法的刑事政策化与刑事政策的刑法化 / 240

二、刑法的刑事政策化的理论基础 / 241

- (一) 刑法的刑事政策化的近代理论基础 / 241
- (二) 刑法的刑事政策化的现代理论基础 / 260
- 三、刑法的刑事政策化的实践模式 / 266
 - (一) 刑法的刑事政策化的域外考察 / 266
 - (二) 刑法的刑事政策化的中国实践 / 286

- 参考文献 / 295

第一章 刑事政策的基本界定

一、刑事政策的语词渊源

(一)政策的词源

根据学者的考证,西语的“政策”一词,无论是德语中的 politik 还是法语中的 politique,都发源于希腊语 polis(城邦)。^① 而根据古希腊哲学家亚里士多德的描述,城邦起源与发展于人类追求共同生活的自然需要,是人们为了“优良的生活”而组成的政治社团(城市社团),而自给自足的城邦是人类社会组织的高级而完备的境界。^② 英语中原来没有“政策”一词,只有“政治”(politic),源于古希腊语中的“Poiteke”,意为关于城邦的小学问,随着西方近代政党政治的发展,从“politic”一词逐渐演变出“policy”一词。^③ 在英美国家早期的法学辞典中,政策概念仅限于保险合同领域使用;^④根据现代出版的英美辞典的解释,“政策”是政府、政党、商业组织等旨在影响和确定其决议、行为或其他事情所采取的行动计划或过程,因而政策被解释为政府管理公共事务或者立法机关的一般原则。^⑤ 明治维新以后,西方文化开始传入日本,日本学者在翻译“policy”时,从早已传入日本的汉字中挑选了“政”和“策”二字组合在一起,译为“政策”一词。^⑥ 在中国古代汉语中,也没有“政策”一词,“政”和“策”是分开使用的。“政”一般是指“政治”“政事”“政权”“正义”,其核心意思是指“管理国家”“治理民众”“控制社会”。例如,《论语》中的“不在其位,不谋其政”中的“政”指的是“政事”;《左传·桓公六年》中“政以正民”中的“政”应当是“管理”、

① 卢建平:《刑事政策与刑法》,中国人民公安大学出版社2004年版,第5~6页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》(节选本),商务印书馆2006年版,第1~4页。根据亚里士多德的论述,城邦的形成是缘于人类追求共同生活的自然属性:基于种族的延续的需要必须由雌雄(男女)两个生物体结合,由此形成了家庭,家庭成为人类满足日常生活需要而建立的社会的基本形式;为了适应更广大的生活需要,由若干家庭联合组成了村坊,村坊最自然的形式是由一个家庭繁殖而衍生的聚落;最后,由若干个村坊组合而成为城邦,社会就进化到高级而完备的境界。参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》(节选本),商务印书馆2006年版,第3~5页。

③ 刘斌、王春福等:《政策科学研究》(第1卷),人民出版社2000年版,第86页。

④ 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第41页。

⑤ 许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第4页。

⑥ 郑传坤主编:《公共政策学》,法律出版社2001年版,第4页。

“治理”的意思。古代汉语中的“策”字有两个含义与政策有关：一是“策书”的意思，相当于今天的“政令”“文件”“规定”的意思如《释名》注：“策书教令于上，所以驱策诸下也”；二是计谋、对策、谋略的意思如《战国策》中的“策”，指的就是战国时代各国对所发生的事情的各种计谋和对策。^①由此，我国有学者指出，虽然古代汉语中有“政”和“策”二字，但将二者合用组成“政策”一词，则源于日本，因此现代汉语中的“政策”一词系外来语。^②中国人最先使用“政策”一词的是梁启超，他在1899年的《戊戌政变记》中称：“中国之大患在于教育不兴，人才不足，皇上政策若注重于学校教育，可谓得其本矣”。^③

对于“政策”一词的含义，西方学者有不同的理解。有的将政策理解为一种“大型计划”如现代政策科学的创始人哈罗德·拉斯韦你和亚伯拉罕·卡普兰认为，政策是“一种含有目标、价值和策略的大型计划”；^④有的将政策理解为法律和法规如伍德罗·威尔逊认为，公共政策是政治家（具有立法权者）所制定的由行政人员（公务人员）所执行的法律和法规；^⑤有的将政策理解为政府的一种选择如托马斯·R·戴伊认为，“公共政策就是政府选择做什么或不做什么”；有的则强调政策是一个活动过程如詹姆斯·E·安德森认为，“政策是一个有目的的活动过程，而这些活动是由一个或者一批行为者，为处理某一问题或有关事务而采取的”；^⑥还有的学者将政策定义为一种价值分配如戴维·伊斯顿认为，“政策是政治系统权威性决定的输出，是对整个社会所做的权威性价值分配”^⑦。尽管西方学者关于政策没有一个完全统一的定义，但观诸位学者对“政策”一词的界定，其实都是从不同角度、不同的层面揭示了政策的内涵，深入考察各位学者的定义，仍然能发现一些共同的东西。概括来说，西方学者对政策的理解，主要体现在以下几个方面：^⑧（1）政策是由政府或其他权威人士制定的；（2）政策是一个过程；（3）政策有鲜明的目的、目标或方向；（4）政策应能调整全社会的利益关系；（5）政策申明了政府有所为，有所不为；（6）政策的主体可以是政府，也可以是政党或者社会团体，甚至个人。

① 刘仁文：《刑事政策初步》，中国人民公安大学出版社2004年版，第14页。

② 刘斌、王春福等著：《政策科学研究》（第1卷），人民出版社2000年版，第86页。

③ 郑传坤主编：《公共政策学》，法律出版社2001年版，第4页。

④ 林水波、张世贤：《公共政策》，五南图书出版公司1982年版，第8页。

⑤ 伍启元：《公共政策》，（台）商务印书馆1985年版，第4页。

⑥ [美]詹姆斯·E·安德森：《公共决策》，华夏出版社1990年版，第4页。

⑦ 刘仁文：《刑事政策初步》，中国人民公安大学出版社2004年版，第16页。

⑧ 李成智：《公共政策》，团结出版社2000年版，第2~3页。

在现代汉语中,“政策”一词的传统经典意义指的是一种行动准则如《辞海》对政策的解释是,“国家、政党为实现一定历史时期的路线和任务而制定的行动准则”,^①《现代汉语词典》对政策一词的解释与《辞海》基本一致。^②而在现代政策学领域,中国学者对政策的理解却大相径庭。有的学者对政策的理解与传统观点相一致即将政策理解为一种行动准则。例如,我国大陆学者冯灼锋认为,政策是阶级或者政党为维护自己的利益,以权威的形式规定的在一定时期内指导和规范人们行为的准则。^③有的学者将政策理解为一种策略如我国台湾地区学者张世贤认为,公共政策是政府为解决公共问题,达成公共目标,经由政治过程,所产出的策略。他认为可以从三个不同角度对公共政策进行界定:(1)从目标来界定,公共政策是达到公共目标所采取的策略;(2)从问题来界定,公共政策是政府解决公共问题的策略;(3)从过程来界定,公共政策是政治过程的产出。^④有的学者将政策理解为行动或者活动的指引、引导或者指示如台湾地区学者伍启元认为,政策是行动或活动的指引、引导或指示;公共政策是政府对公私行动所采取的指引,它是将来取向的、目标取向的、与价值有密切关系而受社会价值所影响的由政府或由决策者所采取选择的、具有拘束性而受大多数人接受的行动指引。^⑤有的学者将政策理解为一种政治行为如我国大陆学者刘斌、王春福等人认为,政策是政治实体在一定的时空范围内为完成一定的任务所采取的政治行为,主要表现为行为规范、直接采取的行动和某种态度^⑥,我国大陆学者陈振明也持同样的观点。^⑦有的学者认为政策既是一种行动方针,也是一种行为准则。例如,我国大陆学者王骚认为,公共政策是以政府为代表的公共权力机构对社会公共问题的解决,通过民主政治程序制定和执行的行动方针和行为准则。公共权力机构最有代表性的是国家政府,同时也可以是具有公共决策和实施权力的执政党组织、社会公共组织、国际组织以及社会政治系统的权威人士。^⑧有的学者将政策理解为一种方案如我国大陆学者宁骚认为,公共政策是公共权力机关经由政治过程所选择和制定的为解决公共问题、达成公共目标、以实现公共利益

① 《辞海》,上海辞书出版社1980年合订本,第1465页。

② 《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第1477页。

③ 刘斌、王春福等著:《政策科学研究》(第1卷),人民出版社2000年版,第88页。

④ 张世贤:《公共政策析论》,五南图书出版公司1986年版,第181页。

⑤ 伍启元:《公共政策》,五南图书出版公司1985年版,第1、4页。

⑥ 刘斌、王春福等著:《政策科学研究》(第1卷),人民出版社2000年版,第90页。

⑦ 陈振明主编:《政策科学》,中国人民大学出版社1998年版,第59页。

⑧ 王骚:《政策原理与政策分析》,天津大学出版社2003年版,第7页。

的方案。^①

综合中外学术界对“政策”一词的界定,我们认为,要对“政策”一词进行准确的界定,必须解决以下几个问题:(1)政策与公共政策是否同一概念?从前述学者的论述中,有的是对政策的界定,有的是对公共政策的界定,那么在现代语境中,政策与公共政策是否具有相同的含义?对此,学者们观点不一。有的学者认为,在西方国家,学者们有指称“政策”一词时,既用“policy”也用“public policy”,二者在含义上应当是一致的,是可以互换的概念。^②有的学者则认为,在现代西方国家,广义的政策应当分为两类:一类是政府制定的政策,又称公共政策;另一类是企业推行的政策即企业在激烈的竞争中所采取的策略和手段。^③从理论和逻辑上说,政策应当涵括公共政策、企业政策、私人政策等,但从研究政策问题的目的角度而言,其实质是为了解决公共事务问题,政策科学也是为解决公共事务问题而建立的知识体系,企业的战略、策略和私人计划、方案一般不属于政策科学的研究对象,此其一;其二,政策的效力应当具有普遍性,而企业政策、私人政策不具有普遍适用的效力;其三,“政策”一词的语词含义与一国的政治环境和文化传统有着密切的联系,^④中国的文化传统和现实状态决定了在中国当前的语境下,政策所指称的只能是公共政策而不能涵盖企业政策和私人政策。因此笔者认为,在中国,政策与公共政策具有相同的含义,笔者也是在公共政策的意义上使用“政策”一词的。(2)政策的主体是谁?一般认为,公共政策的主体是权威者,但权威者是否包括个人、国家和政府以外的其他社会组织,却有不同的观点。笔者认为,首先,现代公共政策的主体不能包括个人。有学者认为,社会政治系统中的权威人士包括长老、酋长、行政官员、立法者、法官、管理人员、参议员等,这些人虽属个体,但是他们对国家政治系统中的决策事务负主要责任,而且只要这些权威人士的活动不超出其职权范围,一般来说,政治系统中的大部分成员都将承认这些活动对他们的约束力。^⑤笔者认为这种观点是值得商榷的。从历史的角度看,政策的主体曾经可以是个人,典型的范例是在奴隶制、封建制时期,君主掌握全部国家权力,国家的大政方针都是由其制定或者最后由其决定。但现代国家是法治国家,政策的制定要经过一系列民主程序,个人可

① 宁骚:《公共政策学》,高等教育出版社2003年版,第185页。

② 谢望原、卢建平:《中国刑事政策研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第17页。

③ 何秉松主编:《刑事政策学》,群众出版社2002年版,代序言。

④ 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第40页。

⑤ 王骚:《政策原理与政策分析》,天津大学出版社2003年版,第7~8页。

以参与政策的制定,但最后无一例外地都要以国家和政府的名义发布、实施。所以,个人可以影响政策的走向,也可以参与政策的制定,但不能成为政策的主体。其次,国家、政府之外的其他社会组织也不能成为政策的主体。在美国等西方国家,三权分立的政治架构,多元化的社会结构,自由、公平竞争的市场经济产生的许多利益团体,对美国政府的政策制定有着巨大的影响作用。^①但各种利益集团对政策的制定只是施加影响,而最后对政策的形成起决定作用是政府,也就是说普通社会组织对政策的制定和形成只有建议权而没有决定权。与此相关的另一个问题是政党是否是政策的主体?这个问题其实与一个国家的政治体制密切相关。在西方国家,政党的一般功能是连接政府与公众的桥梁,利益的聚合,整合政治体制,政治社会化,选民动员,组织政府等;^②西方多数国家实行多党轮流执政,因而在野党的政治主张一般不会转化和体现为政策;而执政党由于其负责组织政府,其竞选时的竞选纲领其实就是党的政治主张,在其执政后会转化或者渗透到政府的各项政策中。但由西方国家的政治制度所决定,其政党的政治主张转化为政府政策后,必须以政府文件或者法律、法规的形式出现,而不能以党的章程、纲领等形式出现。因而严格来讲,西方国家的政党一般不是政策的主体。中国的情况与西方国家不同。中国是中国共产党单独执政,其他各民主党派参政议政,因而中国的各民主党派不是政策的主体,但可以对政策的走向和内容施加重要的影响。中国共产党的政策有一些转化和体现为政府的政策,有的直接以党的文件、纲领等形式出现,直接发挥对全社会的指导作用,因而中国共产党是中国的政策主体。由于我们是在中国社会的语境下研究政策问题的,所以我们认为在中国,政党可以是政策的主体。(3)政策的内容是什么?这是对政策进行界定时最重要的也是最艰难的问题,学者们关于政策定义的最大分歧也正在这里。

首先需要明确的是,将政策界定为法律、法规是完全不妥当的。政策可以体现在法律、法规中,法律、法规也都是以一定的政策为指导而制定的,但在现代社会,政策与法律是两种截然不同的事物,二者的界限泾渭分明,不可混为一谈。将政策界定为法律、法规,就会混淆两者的界限,在实践中出现以政策代替法律或者以法律替代政策的现象,有违现代社会的法治精神。其次,将政策理解为一种选择、价值分配或者政治行动的观点也是不可取的,这些观点都是从一个侧面或者是政策的实现过程来对政策进

① 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第52页。

② [美]迈克尔·罗斯金等:《政治科学》,林震等译,华夏出版社2001年版,第217页。

行界定,从某一个方面或者角度对政策的本质进行了揭示,但具有片面性和模糊性,最后也没有说清楚政策到底是什么。最后,将政策界定为“策略”“准则”“规则”“指南”“指示”“指引”“方针”“计划”等具有相当的妥当性,但由于中心词较多,且各中心词之间的内涵界限不明,因而较为混乱。笔者认为,由于“政策”一词的丰富的含义和本身的模糊性,用一个中心词来定位政策是不可能的。从政策内涵的层次性上来看,政策应当包括宏观和微观两个层面,宏观层面的政策可以概括为战略,微观层面的政策可以概括为策略。根据《现代汉语词典》的解释,战略有三层含义:(1)指导战争全局的策略和计划;(2)有关战争全局的如战略防御;(3)比喻决定全局的策略。^①由此可见,战略是带有根本性、全局性的指导方针,表现为政策就是基本国策如计划生育政策、环境保护政策、可持续发展的政策。策略是指根据形势发展而制定的行动方针和斗争方法,^②策略属于具体政策的层次,其位阶较战略要低,是为战备服务的方法和手段。^③策略的内涵较为丰富,可以涵括指南、指示、准则、方式、方法、措施等。战略与策略的结合构成了政策的全部内容。

综上所述,我们认为,政策是指国家或者执政党在一定的历史时期为实现一定的价值目标而制定的战略和策略。

(二) 刑事政策的词源

一般认为,刑事政策(德文为 *kriminalpolitik*,法文为 *politique criminelle*,英文为 *criminal policy*)这一概念系由德国学者费尔巴哈于18世纪末19世纪初最先使用。^④在日本学术界,有观点认为“刑事政策”一词首先于1897年(明治三十年)与社会政策同时由德语翻译而成^⑤;而大谷实教授则认为,刑事政策一语在日本最初是由大场茂马在他的《最近的刑事政策的根本问题》中首先使用。^⑥而在英美法系国家,本来也没有“刑事政策”一词。美国权威布莱克法律辞典,在“*criminal*”(犯罪的、刑事的)条目下并无

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1983年第2版,第1453页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1983年第2版,第110页。

③ 王传宏、李燕凌:《公共政策行为》,中国国际广播出版社2002年版,第9页。

④ [法]米海依尔·戴尔马斯-马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第1页。但也有学者对这一观点有不同意见如法国学者 Saldana 认为,刑事政策一语,究竟由何人首先使用,目前尚未明朗。参见许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第2页。

⑤ 谢瑞智:《中外刑事政策之比较研究》,台湾“中央文物供应社”1987年版,第3页。

⑥ [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第13页。

“criminal policy”一词,同样地,在“policy”(政策)条目下也无“criminal policy”一词,英美国家学者著作中所称的“刑事政策”大体上相当于“刑事的”加“政策”结合而成。^①在西方语言中,“刑事”一词可以区分为两个方面的含义:“犯罪(人)的”(criminal)和“刑罚的”(penal),因而“刑事政策”应当是“犯罪政策”(criminal policy)和“刑罚政策”(penal policy)。^②由此可见,在英美法系国家“刑事政策”一语并非原本就有而是一个合成词,该词在第二次世界大战后开始出现,1952年后联合国开始发行《国际刑事政策评论》(“International Riview of Criminal Policy”)后逐渐为学界和司法实务界所熟知。^③近年来刑事政策问题成为英美国家刑事理论与实践的热点问题,学术界与司法实践大量而频繁地使用“刑事政策”一词。例如,英国牛津大学犯罪学研究中心主任罗杰·胡德教授分别于1989年和1999年主编了《欧洲的犯罪与刑事政策》(Crime and Criminal Policy in Europe)和《欧洲犯罪与刑事政策转型状况》(The Changing Face of Crime and Criminal Policy in Europe);英国的安德卢·卢瑟福教授于1996年和1997年分别出版了《刑事政策的转轨》(Transforming Criminal Policy)和《刑事政策的制定》(Criminal policy making)等等。^④需要特别指出的是,作为一种知识体系,刑事政策在大陆法系国家和英美法系国家有截然不同的地位。在大陆法系国家,经过李斯特、安塞尔等先哲贤人的不懈努力,刑事政策已然具备了自己独立的品格,成为一门独立的新兴学科。而在英美法系国家,刑事政策的内容通常被纳入“犯罪学”(Criminology)中,是犯罪学的重要组成部分。以美国为例,美国犯罪学研究的核心,是以科学的方法研究犯罪和社会现象,并提出解释犯罪和社会失序的原因;针对犯罪和社会失序的原因,进一步提出预防和控制犯罪和社会失序的对策,只是这种对策的范围很广,包括直接以强制力预防犯罪和间接的与预防犯罪有关的各种社会政策在内。^⑤

如前所述,相对于中国而言,“政策”一词是一个典型的外来语,刑事政策一词也是从日本翻译过来的。既然是翻译过来的外来语,那就存在一个是否确切或者贴切的问题,正如法国著名刑事政策学家马克·安塞尔曾多次指出的,德语中的Kriminalpolitik或法语中的la politique criminelle与

① 许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第4页。

② 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第40页。

③ 许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第2页。

④ 刘仁文:《刑事政策初步》,中国人民公安大学出版社2004年版,第23页。

⑤ 许福生:《刑事政策学》,中国民主法制出版社2006年版,第5页。

英语中的 *criminal policy* 是不完全对应的,^①这就产生了一个中文称谓的问题。我国著名犯罪学家和刑事政策学家王牧教授最早提出这一问题,早在1992年,王牧教授在其著作《犯罪学》中就指出:“我国目前学术界对刑事政策概念的理解与国际学术界的理解有些不同,其来源于对‘政策’一词的误解。我国一些人把‘刑事政策’中的‘政策’同政治生活中的政治概念相混同,这是不准确的。其实,按汉语的意思,刑事政策就是犯罪对策的意思”。^②近年来,我国著名刑事政策学家卢建平教授又提出了这一问题,他认为,将 *Kriminalpolitik* 或 *la politique criminelle* 译为“刑事政治”比较合适,因为这里涉及的是对犯罪现象这一公共事务的认识与管理。而在中文里面,所谓“政”,就是大家的事或公共事务,而“治”是指管理或治理,所以一般地说,“政治”就是对公共事务的认识与管理,处于战略的位置,地位较高,而“政策”一词多指策略,地位相对较低。^③对此,王牧教授有不同看法,他认为,西文中的“刑事政策”在中文里最为接近的词语应当是“犯罪对策”,这种对策当然有政治含义,因为犯罪对策本身就是个公共决策问题,含有政治性。在我国,强调这个概念中的政治要素不是主要的,主要在于强调它是“对策”,是包括“政策”在内的对策。^④前述两位中国的刑事政策大家对西语中“刑事政策”一词的中文解读及其争论给予我们诸多的启发,正如王牧教授所指出的,科学就应当坚持科学精神,不能迎合或者屈从于世俗的约定,否则有失于科学的严谨。^⑤但我们还是不能同意两位教授对刑事政策的译法所做的更改。关于“刑事政治”一词,我们的观点如下:(1)“政治”与“政策”同属于上层建筑层面,都是以权力作为自己存在和运行的基础,但就其中文语义以及一般人的理解而言,政治与政策是完全不同的两种事物,政治是“政府、政党、社会团体和个人在内政及国际关系方面的活动”,^⑥而政策是实现政治目标的战略和策略,政策从属于政治,政治是比政策更高层次的概念。(2)从概念的种属关系看,政策是个种概念,可以再进行细分如政策可以再具体区分为社会政策、经济政策等。而政治除了分为国际政治和国内政治外,其基本上就是一个不可分的概念。如果提出“刑事政治”的概念,那么是否还有“行政政治”、“民事政治”或者

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

② 王牧:《犯罪学》,吉林大学出版社1992年版,第380页。

③ 卢建平:《刑事政策与刑法》,中国人民公安大学出版社2004年版,第6页。

④ 王牧、赵宝成:《“刑事政策”应当是什么?》,载《中国刑事法杂志》2006年第2期。

⑤ 王牧、赵宝成:《刑事政策应当是什么?》,载《中国刑事法杂志》2006年第2期。

⑥ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第2版),商务印书馆1983年版,第1478页。

“经济政治”、“社会政治”等的区分?很显然,这种区分与汉语的表达习惯极不符合。(3)正如卢建平教授自己所指出的那样,在中国这样一个过度政治化或者泛政治化的国度里,政治可能给人一种云遮雾罩、高深莫测的印象,或者是高不可攀的、不可企及的,或者国家垄断、一手包办的,甚至也会让人对法治产生强烈的担忧,因为人们通常是将政治与法治对立起来。^①在中国人的观念中,政治是一个没有具体指向的虚无的东西,具有不确定性和模糊性,把刑事政策译为刑事政治,会使人不知所云,不利于刑事政策的贯彻实施,因为人们一般都不愿意实践他们不理解的事物。另外,在目前中国人的观念中,政治确实是与法治相对立的事物,司法实践中确实经常出现政治对法治的干预如县委书记对正在审理的本县重大案件的意见,这种干预的结果是国民对政治的反感程度更甚,这也增加了“刑事政治”一词被社会公众接受的难度。因此,我们不同意用“刑事政治”来代替“刑事政策”。关于“犯罪对策”一词,我们的观点如下:(1)“对策”一词的现代意义是指对付的策略或方法,犯罪对策应当是指对付犯罪的策略和方法,这种策略和方法是根据已然犯罪的情况而制定或者采取的,因而犯罪对策不应当包括对未然犯罪的预防策略;(2)政策包括战略和策略,可以是宏观的也可以是具体的,对策不能包括战略,只能是具体的而不能是宏观的,因此政策可以涵盖对策而对策不能包括政策,从这个意义上说,政策是比对策更高层次的概念。

综合上述,我们认为,在中国现代语境下,“刑事政策”一词所指称的就是党和国家组织反对犯罪的战略和策略,也许这个概念与西方国家“刑事政策”的概念在含义上有所不同,但作为一个约定俗成的通用概念,它的基本含义已为我国普通国民所认同和理解,因而我们赞同使用“刑事政策”的概念,而不同意使用“刑事政治”和“犯罪对策”的概念。

二、刑事政策的含义

前面我们对刑事政策概念的源流进行了简单的梳理,下面我们拟对刑事政策的内涵进行分析。要厘清刑事政策的内涵,就需要明确以下问题:(1)刑事政策的目的是什么?(2)刑事政策的对象是什么?(3)实现刑事政策目的的手段有哪些?对上述问题的回答,可以帮助我们深入了解刑事政策的基本含义。

^① 谢望原、卢建平:《中国刑事政策研究》,中国人民大学出版社2006年版,第34页。

(一) 刑事政策的目的

刑事政策的目的就是国家和执政党制定、实施刑事政策所要达到的目标。关于刑事政策的目的,我们首先面临的问题是它是单一的还是多元的,也就是说刑事政策的目的是否可以分为直接目的和终极目的或者根本目的?对于这个问题,学界的观点有所不同,绝大多数学者在论及刑事政策的目的时都没有区分直接目的和终极目的,但也有少数学者将刑事政策的目的区分为直接目的和终极目的。例如,曲新久教授认为,预防犯罪、控制犯罪是刑事政策的直接目的,保障自由、保护秩序、实现正义是刑事政策的根本目的。^①侯宏林博士认为,从直接的、形式的层次而言,刑事政策的目的在于预防并控制犯罪,从终极的、实质的层次而言,刑事政策的目的是实现人的幸福生活。^②我们认为,从学术的角度而言,这种区分有一定的价值,它可以帮助我们了解不同层次的刑事政策目的,从而更好地把握刑事政策的本质。但从实践的角度来看,这种区分的价值不是很大。将刑事政策的目的区分为直接目的和根本目的最大的问题就在于根本目的与其他事物的目的纠合在一起,使人很难弄清这个目的的内容和指向,因而也不好区别该事物的目的与其他事物的目的,从而也难以区分此事物与彼事物。以曲新久教授所称的“保障自由、保护秩序、实现正义”而言,它其实应当是刑法的目的,就刑事政策而言,其保护秩序的目的应当更重要一些,而这种目的通过预防和控制犯罪完全可以体现出来。当然我们可以说刑事政策与刑法的终极目的是一样的,但这样做的结果是我们无法真正区分刑事政策与刑法,而这正是我们研究刑事政策问题所极力要避免的现象。至于侯宏林博士所称的“实现人的幸福生活”,我们当然不能说是错的,但这种所谓的目的太过宏大和模糊,它可以是我们所从事的所有正当事业最终目的,也可以作为人生的目标,但作为刑事政策的目的太过空泛和虚无,因而是不可取的。由此我们认为,对于刑事政策的目的,只探讨其直接目的就可以了,而没有必要在直接目的之外再设立根本目的或者终极目的。

关于刑事政策的直接目的,中外学者主要有两种表述方式,一种是概括的方式,另一种是列举的方式。以概括的方式界定刑事政策的目的一般都是把刑事政策界定为“对犯罪的反应”或者“反对犯罪的艺术”。例如,德国学者李斯特将刑事政策界定为“国家和社会据以组织反犯罪斗争的总和”;^③法国学者安塞尔认为,刑事政策是集体对犯罪的、越轨的或反社会

① 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第70页。

② 侯宏林:《刑事政策的价值分析》,中国政法大学出版社2005年版,第81~82页。

③ 转引自杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第4页。