

应用法学文库 | 主编：杨建学

聂慧苹 著

刑事政策的 刑法规范化研究

THE STUDY ON STANDARDIZATION OF
CRIMINAL POLICY IN CRIMINAL LAW

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

应用法学文库 | 主编：杨建学

聂慧苹 著

刑事政策的 刑法规范化研究

THE STUDY ON STANDARDIZATION OF
CRIMINAL POLICY IN CRIMINAL LAW

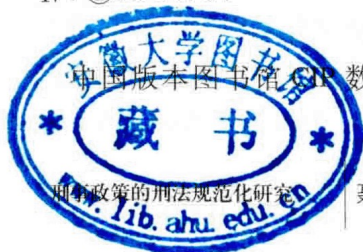
法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事政策的刑法规范化研究 / 聂慧苹著. —北京:
法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8359 - 9

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



刑事政策的刑法规范化研究

聂慧苹 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 晁明慧

印刷 固安华明印业有限公司

印张 8.125 字数 211千

印次 2015年8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 - 8359 - 9

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《应用法学文库》编委会

主 编：杨建学

副主编：张 平 陈 亮

编 委：卢代富 谭启平 李永升 谭宗泽

黄明耀 于天敏 章建东 韩德云

徐以祥 张建文

总 序

百余年来,风云激荡,国家开启现代化进程,社会迭经变迁。中国法学与民族命运共浮沉,历经数变。中国法治之路风风雨雨,坎坎坷坷;中国法律教育之旅一路探索,逶迤前行。改革开放,法学新生,日累寸进,乃有今日之成。国家顺应时代趋势,高瞻远瞩,倡导“建设社会主义法治国家”。及至今日,中国特色社会主义法律体系宣告建成,蔚为壮观。然当今中国,经济体制变革,社会结构变动,利益格局调整,思想观念变化,转型加剧凸显结构矛盾,社会向学界提出挑战。社会转型催生法学转型,法学教育亟须“突围”。中国法学教育以解决中国问题为出发点,亦必以之为归宿。盖因中国有中国之问题,中国法学必须有中国意识,必须有能力把握和解决中国的法治问题。

“法者天下之公器也,变者天下之公理也”。法律是公共资源,立法者立法律为据,条贯社会;守法者以法律为凭,指导行为,充当法律请求权基础;执法者执行法律,让法律行于天下;司法

者,秉持正义,衡断纠纷,匡正法度。然法律运行于社会,非有学术之研讨、化育与引导,无法建其功。法学本基于实践亦志于实践,是知识之学、智慧之学,更是实践之学,以依法合乎正义地解决社会纠纷为其要务。陆游有诗:“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行。”法律是最讲求实践、注重践履躬行的学科。王泽鉴先生有言:“有实务而无理论,犹如盲目,有理论而不重实务,则近空谈。”中国并非缺乏法学理论。数十年来,主要法治国家之法学理论被大力引入,几成泛滥,又显蔡枢衡所谓的法学“殖民地”风景。中国更不乏法律实务。“为有源头活水来”,三十年改革开放,现代化进程一路高歌猛进,为法学研究所准备之实务资源无限丰富。身处伟大时代,中国当今法治实践为展开法学研究提供了广阔天地,只是“犹在深闺人未识”。而今,从“立法主义”向“应用”转变的社会需求,促动中国法学转型。为中国法学教育锦上添花。挑战与机遇并存,西南政法大学2012年首创“应用法学”学科恰逢其时。

“形而上者谓之道,形而下者谓之器。”法学理论界常以追求法学中的“形而上者”自居,带有追求弘法论“道”的自我优越感,鄙视法律实务“低级”;法律实务界则谓法学理论界“玄而又玄”,所研究者为“擒龙之术”,无以应对社会实践。而在法学界内部,理论法学与应用法学的隔膜亦复如是。应用法学研究在法学实务界与法学理论界、教育界遭到了截然不同的命运,实务界如火如荼与理论界、教育界落寞孤寂适成鲜明对照。改革开放以来,大学全面卷入市场经济大潮,斯文扫地,人文精神丧失。与此相应,大学教育之技术导向与职业化蓬勃发展。曾几何时,大学教育之技术导向与职业化成为批评的众矢之的。然天不丧斯文,国学重建及文化软实力战略,助成大学人文精神恢复。唯中国法学教育,实无力承受技术导向与职业化教育指责。若然,中国法学教育以应用为导向当备受诟病。然而,现实所提问题恰恰相反,中国法学教育所培养之法科学生竟然仍需较长时间方能应付法律实务。果如是,则中国法学教育职业化程度还远远不够,无法培养出合格的“法匠”。原因何在?从法学

教育角度看,缺乏沟通法学理论与法律实务的“应用法学”,乃是一重要原因。法学教育被称为“一种真实的职业教育”,学生从迈进法学院的第一天起就被要求像职业者那样去思考、行动,其应用性和实践性实乃学科之首要属性。诚如大法官霍姆斯所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”法学教育的生命亦不仅在抽象的逻辑理论,更在现实生活中的源头活水。

中国当前法学体系中,本有理论法学与应用法学之分。所谓应用法学者,是旨在直接服务法律实际生活、帮助解决法律实际问题之法学分支学科总称,其代表性学科是各种部门法学。在此意义上,应用法学几成一无所不包之庞然大物。盛名之下,其实难副。究其实质,这种“应用法学”还只是停留在部门法学层次。在这个庞大体系中,每一具体部门法学,皆形成各自独立之理论体系。尽管诸部门法学均以解决法律实际问题相标榜,却处于杂乱状态。各部门法学以研究对象和研究方法为主要标准,于应用法学名义下,纵向上各自确定自己之学科地位。而诸部门法学之间壁垒森严,各自为政,扞格难通,成各自为政之局面,甚至相互踏伐,基于利益诉求争夺学术地盘。传统应用法学内部“纵向分割”,各部门法学孤军奋战,有碍通盘考量。一叶障目,不见泰山。每一种分类,无疑都是一种遮蔽。遮蔽之后需去蔽。综合运用法学理论,有效衔接法律规范与社会事实,非各部门法学单打独斗所能独立完成。欲去现行法学教育之蔽,加强薄弱环节,当形成真正之“应用法学”学科。

此“应用法学”,旨在会通理论与实践,研究对象上一改传统之“纵向”划分,在横向上贯通各部门法学,精研各法律部门于“应用”过程中所生之共同问题与共同规律。“法之理在法外。”应用法学旨在为“法之理”与“法之外”搭建学科桥梁,实现法学内部各学科之间的交叉融合,提升法律人的法律综合应用能力。既入乎其内,又出乎其外,出法入理,“顶天立地”,为“仰望星空”和“脚踏实地”建立中介,打破以部门法为界的划分方法,从横断面切入各个部门法学,突出法学知识的综合运用,实现关注对象从“立法”到“法律实

施”的转变,强化法律应用技术,特别是法律方法论研究。总而言之,应用法学要借助法律方法论,把作为权威系统的法、作为社会系统的法和作为价值系统的法有机协调起来,沟通实务与学说,促进法学进步。而应用法学,实有助于法律职业共同体的养成。法官、检察官、律师、公证员等只是法律人从事不同法律职业分化之结果,但在培养法律职业共同体的过程中,仍有赖于法律思维的训练乃至内化。就此言,应用法学的创立,是法律思维和法学教育理念的一场革命。

独立之精神,自由之思想,是现代大学之精髓。《诗经》有云:“周虽旧邦,其命惟新。”《尚书》有云:“苟日新,日日新,又日新。”思想自由与学术创新,亦是现代大学的社会职责。秉持创新理念,担当社会责任,西南政法大学首创“应用法学”学科,举“应用法学院”一个学院之力,倾力打造“应用法学”。《应用法学文库》将以关注法律职业人员等特定主体运用法律的具体行为和实际效果为宗旨,概括、提炼法律职业主体在法律实务中应当遵循的技术、方法、规律和原则,期许为法律的正确应用进而制度完善提供实际指引和理论支持。西南政法大学诚欲和海内外有志之士,共谋应用法学发展大业。“西政精神”体现为两个鲜明的办学特色,即“尚思善辩,营造论辩文化”、“厚德笃行,打造务实人才”。尚思善辩,才能目光高远。厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式。

海纳百川,有容乃大。“应用法学”乃新生事物,初创时期,尚显幼稚,然所针对问题,实具普遍意义,直指中国当前法学教育“软肋”。“应用法学”欲深入理论,润养于经典;关注实践,立足于现实;阐幽发微,沟通实务与理论两端;回应时代需求,服务现实社会。“应用法学”之发展壮大,端赖法学理论与法律实务携手共进,践行法律,弘扬法治。涓涓细流,汇成大海。法学教育一日千里,应用法学方兴未艾。唯愿法学理论界与实务界,持开放心态,扶持发展,协力共进,共同推进中国法治事业。

巍巍上庠,国运所系。法学教育更攸关国运兴衰。孟子云:“人则无法家拂士,出则无敌国外患者,国恒亡。”近代《申报》有文指称,“今日者,国事危矣……论者每归咎于国家人材之缺乏。夫国家之人材,果真缺乏哉。所缺乏者,明法政之人材也”。其间以造就实践人才、担当践履使命的应用法学更加责无旁贷。未来泱泱之法治中国,有赖今日昂昂之有志青年;今日佼佼之青春学子,必成未来昭昭之法律精英。唯今日为应用法学尽绵绵之力,希冀他日成蔚为大观。是为序。

西南政法大学 付子堂

二〇一二年五月于重庆渝北宝圣湖畔

目 录

导 论/1

一、我国刑事政策的研究现状/1

二、研究语境/7

三、本书的安排/9

第一章 刑事政策的理论基础/11

第一节 刑事政策的概念/11

一、概念回放/12

二、梳理与评议/14

三、刑事政策的内涵界定/17

第二节 刑事政策的表现/24

一、中外刑事政策的梳理/24

二、刑事政策的载体/28

三、刑事政策的分类/31

第三节 刑事政策的属性和效力/35

一、刑事政策的属性/35

二、刑事政策的效力/39

三、刑事政策与相关概念/40

第二章 刑事政策刑法规范化的价值基础/44

第一节 刑事政策的价值目标/44

一、刑事政策价值目标概说/45

二、刑事政策的价值目标及其实现/47

第二节 刑事政策的功能及其运行模式/50

一、刑事政策功能的理解/50

二、刑事政策的具体功能/54

三、刑事政策功能的实现/59

第三节 刑事政策的正当性/60

一、刑事政策的正当性根据与要求/60

二、刑事政策正当性的实现/67

第三章 刑事政策刑法规范化的模式/80

第一节 刑事政策与刑法的关系/80

一、观点回顾/81

二、背景梳理与理论介评/85

三、本书观点/91

第二节 刑事政策刑法规范化的正当性/96

一、刑事政策刑法规范化的必要性/96

二、刑事政策刑法规范化中的价值选择/101

第三节 刑事政策刑法规范化的途径/111

一、刑事政策刑法立法转化的基础理论/112

二、刑事政策刑法司法转化的基础理论/115

第四章 刑事政策立法转化具体问题研究/120

第一节 刑法立法的技艺选择/120

一、刑法立法的界限/121

二、刑事政策刑法立法转化的方法/122

三、刑事政策刑法立法转化的实现/127

第二节 “风险刑法”立法问题探讨/132

一、“风险刑法”的基础理论/133

二、“风险刑法”理论的论争/135

三、高风险社会行为的刑法立法/141

第三节 我国特定刑事政策立法转化问题探讨/146

一、“宽严相济”刑事政策的刑事立法转化/146

二、我国具体犯罪立法问题探讨/150

第五章 刑事政策司法转化具体问题研究/161

第一节 刑事政策司法转化与罪刑法定原则/161

一、刑法解释的论争/162

二、刑法解释与罪刑法定原则的纠缠/168

三、罪刑法定原则的实现与刑法解释方法的选择/174

第二节 刑事政策下法官自由裁量权与量刑规范化/181

一、法官自由裁量权和量刑规范化的基本要求及冲突/182

二、我国法官自由裁量权和量刑规范化的实现/188

第三节 我国刑事政策司法转化具体问题探讨/193

一、刑事政策司法转化对社会舆论的取舍/193

二、未成年人刑事政策的司法适用问题/196

三、刑事政策下刑法条文与司法解释的协调/198

结 语/204

附录一：惩办与宽大相结合的政策/206

附录二：历次“严厉”打击刑事犯罪活动/207

一、1983年“严打”/207

二、全国人大常委会《关于加强社会治安综合治理的决定》/209

三、1996年“严打”/210

四、2001年《全国社会治安工作会议》/210

五、2004 年“严打”/212

六、2010 年“严打”/212

七、2014 年“严打”/213

附录三：“宽严相济”刑事政策/215

一、2006 年中共中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》/215

二、最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》/216

参考文献/227

后 记/246

导 论

一、我国刑事政策的研究现状

法律是调整社会活动的重要规则,在法律的范畴内,刑法因其严厉性所带来的有效性让其成为法律不可或缺的重要部分。在原始社会末期,尽管没有现代意义的刑法,但是已经产生了与“犯罪”相对应的“刑罚”。^{〔1〕}在奴隶社会和封建社会,刑法更是受到统治者的绝对重视,刑法的惩罚性和威慑性被无限放大,刑法因而具备了身份性、随意性和残酷性的特征。推动人权和法治进步的启蒙思想运动以来,犯罪与刑罚一直受到极大关注。犯罪是社会问题的极端表现,刑罚是最后的社会管理手段,犯罪和刑罚的极端性决定了其不仅是法学的研究内容,同样备受政治学、社会学、哲学,甚至心理学的关注。

在众多的犯罪应对措施中,刑罚针对性最

〔1〕 周密:《中国刑法史纲》,北京大学出版社1998年版,前言第4页。

强、手段最严厉。刑罚与犯罪之间是天然的对立关系,刑罚以消除犯罪为最终目标。在刑罚与犯罪的这一对立关系中,刑罚与犯罪呈大致的此消彼长关系:刑罚越严厉,对犯罪的威慑力越大,犯罪可能越少;刑罚轻缓,对犯罪的威慑和惩罚力度越小,犯罪可能越多。刑罚体现出对社会秩序的维持。然而,刑罚与犯罪之间不是绝对的反比关系,大量论证和事实表明,刑罚的严厉超过一定限度,威慑力和惩罚力度不再增加,相反,即使力度轻缓但手段恰当的刑罚也可能具有相当的威慑力和惩罚性。不恰当的刑罚不仅不能实现对秩序的维持,甚至可能侵害社会公众的自由。犯罪是对社会自由和正义的破坏,以公权力为支撑的刑罚对自由的破坏可能有过之而无不及。为避免刑罚所带来的制度风险,刑罚必须保持在一定的限度范围内,在对秩序的维持和自由的保护之间保持平衡。如何实现这一平衡,在犯罪与刑罚的小范围内,通过使刑罚的内容和程度应当与犯罪的内容和社会危害保持相当来实现。然而,犯罪和刑罚并非自然形成,犯罪之所以为犯罪,之所以对某些犯罪处以某些刑罚,当然需要社会的认同,但更关键在于刑法的权威认可和规定。换言之,规定犯罪和刑罚也需要考虑秩序与自由的平衡。

秩序和自由的平衡问题恰是刑法的功能和角色问题。作为一个有机整体可起到的作用或者发生作用的能力,刑法的功能^{〔1〕}和角色决定刑法在社会治理以及法律体系内的地位和姿态。刑法是国家立法机关制定并由司法机关适用的。法律是理性的代表,在刑法的立法和司法过程中,立法者和司法者不得不考虑刑法可能的作用和影响。尤其在刑法立法中,立法者进行刑法的立、改、废都蕴含着对刑法功能的确定和预期,尽管相关考虑不一定以刑法功能的称谓加以概括,但是,这并不否定刑法立法和司法适用过程中对刑法功能的思考。我国刑法学不缺乏对刑法功能的实质关注,对社会的预

〔1〕 更多学者将“刑法功能”称为“刑法机能”或者“刑法作用”,不同称谓是对同一内容的不同称谓。由于功能更常用、更易懂,因此,本书采“功能”称谓。

期作用和可能影响是刑法学研究中最惯常的论据。在形式上,我国刑法少有刑法功能的专项独立研究,有关刑法功能的研究被纳入刑事政策的研究当中。刑法功能是围绕着犯罪与刑罚所进行的有关秩序与自由的价值取舍和平衡。刑事政策是有关犯罪对策的研究,刑罚作为防控犯罪的重要措施亦被纳入其中,秩序与自由的取舍是刑事政策所关涉价值的一部分。因此,刑法功能问题能够完全被刑事政策所涵盖。

我国有关刑事政策的研究起源于20世纪80年代初,早期的刑事政策研究主要是对国外刑事政策的翻译介绍和对我国当时的刑事政策具体内容的简单阐述,甚至包括提倡刑事政策研究等内容。当时,我国刑法学对于刑事政策的理论并不清晰,甚至将刑事政策与犯罪学相混淆。^{〔1〕}在20世纪后期的二十年里,我国有关刑事政策的研究为数不多。

进入21世纪,我国刑事政策的变动和国外刑事政策理论的大量引入推动了我国刑法学对刑事政策的大量研究。尤其是现阶段“宽严相济”刑事政策推动了我国刑事政策研究前所未有的繁荣。^{〔2〕}无论是同时期世界范围内的横向比较,还是中国历史上的纵向比较,现阶段我国刑事政策的研究数量都遥遥领先。^{〔3〕}刑事政策问题成为我国刑法学理论的热点问题。从2006年开始,我国有关刑事政策的研究进入了高峰阶段,最多集中在2007年、2008年、2009年三年。

在我国刑事政策的研究中,早期的研究集中在刑事政策概念、内容等本体的界定和解读,关注刑事政策的自身理论,出现以《刑事政策的权力分析》为代表的成果。但是,更多的研究仍然围绕着当时

〔1〕 参见黄风:《“犯罪学(criminology)不等于刑事政策”——与张穹同志商榷》,载《中国社会科学》1986年第2期。

〔2〕 根据“中国知网(CNKI)”的文献检索,我国刑法学对刑事政策的研究在2006年“宽严相济刑事政策”提出后大量涌现,研究高峰集中在2007年、2008年、2009年三年。

〔3〕 参见卢建平:《刑事政策的中国特色》,载《河北法学》2008年第11期。

刑事政策的理解和在具体问题上的运用,例如,青少年犯罪的刑事政策、少数民族的刑事政策、公诉等程序如何实现刑事政策等问题,以及我国刑事政策的走向问题研究。晚近以来,刑事政策与刑法的关系日益成为刑事政策研究乃至刑法研究的热点问题。我国目前有关刑事政策的研究有三个主要问题:第一,刑事政策自身的概念与范畴,第二,转型时期的刑事政策问题,第三,刑事政策与刑法的问题。刑事政策与刑法问题逐渐为刑法理论所关注。而刑事政策与刑法关系的研究分为:宏观勾勒、现象论述、立法影响、解释影响和具体刑事政策适用五大类。^{〔1〕}

尽管如此,时至今日,我国刑法学依然没有厘清刑事政策的概念和界定问题。目前,我国有关刑事政策的研究仍然无法与刑法学研究媲美,刑事政策的研究与刑法学研究仍然是“两层皮”的关系——各自有各自的研究领域,只有少数学者开始关注刑事政策对立法和司法的影响。但是,相关研究,更多的是对现象的归纳或者解释,并没有真正阐述刑事政策与刑法的本质关系或者以及刑事政策对刑法如何产生影响。

作为防控犯罪的措施,刑事政策因为注重应对犯罪的宏观策略而被认为是战略、艺术和原则。^{〔2〕} 刑事政策向上联系着确定刑事政策的各种因素:犯罪现状,社会发展需要,政治需求,对公平正义的追求。向下指导着以刑法为核心的具体犯罪防控措施。除了针对刑事政策本身的阐释性研究,有关刑事政策的研究或者说刑事政策学研究的关键在于刑事政策的正当性和合理性的分析及其完善,以及刑事政策如何对规范刑法进行正当有效的影响,也即刑事政策与刑法的关系。后者是我国刑法理论研究的重点。

我国刑法理论一致赞同刑事政策对刑法的影响。与刑法的规范

〔1〕 参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,载《政法论坛》2012年第4期。

〔2〕 参见卢建平:《刑事政策研究的中国特色》,载《河北法学》2008年第11期。