



Criminal Policy in China:  
Reflection and Improvement

# 刑事政策之反思与改进

蒋熙辉 郭理蓉 著  
马冬梅 方文军

中国社会科学出版社



Criminal Policy in China:  
Reflection and Improvement

# 刑事政策之反思与改进

蒋熙辉 郭理蓉 著  
马冬梅 方文军

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事政策之反思与改进/蒋熙辉等著. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 12

(法学学科新发展丛书)

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7461 - 6

I. 刑… II. 蒋… III. 刑事政策 - 研究 - 中国  
IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 196504 号

出版策划 任 明  
责任编辑 孔继萍  
责任校对 刘菊静  
技术编辑 李 建

---

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 12 月第 1 版

印 次 2008 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 20.5

插 页 2

字 数 355 千字

定 价 35.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

# 序

陈兴良<sup>①</sup>

刑事政策是当前我国刑事法理论研究中的一个热点问题，我亦曾经涉足其间，主编过一本《宽严相济刑事政策研究》（中国人民大学出版社2007年版）。现在，蒋熙辉等四名青年同仁协力完成的《刑事政策之反思与改进》一书即将付梓出版，这是令人振奋的。蒋熙辉博士嘱我写序，我慨然应允。

刑事政策研究是刑事法理论研究的基础，没有厚重的刑事政策理论底蕴，刑事法的规范研究是难以深入与深刻的。以往我国刑事法学理论之浅显，很大程度上与刑事政策研究之缺乏有关。当然，相对于刑事法的研究，刑事政策的研究还是滞后的，这种滞后性主要是由于方法论的偏颇所导致的。我们可以看到，我国对刑事政策的研究在相当长时期内，停留在诠释与解读的层次。这实际上是采用规范论的方法来研究刑事政策，以假定现行的刑事政策完全正确为逻辑演绎的起点，以此建构起来的刑事政策理论体系是缺乏反思性与批判性的，因而必然是肤浅的。我高兴地看到，蒋熙辉等青年学者立足于反思与改进而展开对刑事政策的理论探讨。在本书导论中，著者就提出了“反思刑事政策”这样一个令人耳目一新的命题。刑事政策何以需要反思？著者提出现有刑事政策的三个不足：一是刑事政策与刑事策略不分；二是刑事政策与刑事法律不分；三是重刑主义倾向对刑事政策的影响。在以上三个问题中，我最感兴趣的还是第一个问题：刑事政策与刑事策略不分。当然，“不分”已经是一种较为客气的说法。严重地说，简直就是刑事政策与刑事策略的混淆。我曾经指出：我国刑事政策存在策略化倾向，把刑事政策混同于刑事策略，包括以往的惩办与宽大相结合政策与现在的宽严相济刑事政策，都具有极为浓厚的策略意味。在与犯罪作斗争中当然要讲究策略，因而刑事策略本身也是刑事政策重要组成部分，这是不可否认的。但是，刑事策略绝不能等同于刑事政策，前者只是后者的极少一部分。在某种

---

<sup>①</sup> 中国刑法研究会副会长，北京大学法学院教授，博士生导师，法学博士。

意义上,我较为赞同刑事政策就是刑事政治的命题,只有从政治的高度看待刑事问题,才能深刻地揭示刑事政策的内涵。

以一种反思与批判的精神来研究刑事政策,就不是简单地从现行的刑事政策出发,满足于图解与注释现行的刑事政策,而是立足于现行的刑事政策,意在通过对现行刑事政策的反思而达致改进刑事政策的目的。在这个意义上说,反思刑事政策只不过是改进刑事政策的手段而已。基于反思刑事政策的命题,我们可以把刑事政策分为应然的刑事政策与实然的刑事政策。应然的刑事政策与实然的刑事政策的命题,是梁根林教授提出的,他指出:

应然的刑事政策(criminal policy as it ought to be),是应当如此的刑事政策,是人类根据对犯罪现象客观规律的认识和把握的程度而提出的合目的和合理的预防和控制犯罪的准则、方案或措施。

实然的刑事政策(criminal policy as it is),是实际如此、现时应用的刑事政策,即国家与社会针对犯罪问题实际所采用的刑事政策,包括以刑事司法为手段与刑事司法以外的其他措施为达致控制犯罪的目的所进行的国家活动。<sup>①</sup>

在以上两种刑事政策中,实然的刑事政策是我们的重要研究对象,更是反思和批判的对象。在更高目标的指引下,我们的刑事政策研究应当对应然的刑事政策有所贡献。

《刑事政策之反思与改进》一书采用专题研究的方式,对刑事政策制定、运作、评估等有关实务问题,以及刑事政策的价值、模式等理论问题都作了颇有深度的探讨。尤其是对刑事政策与刑法解释、刑法改革、刑事一体化、刑事诉讼变革等相关重大理论与实践问题作了视野较为宽阔的论述,可以反映出本书著者在刑事法理论方面的深重功力,这是值得肯定的。作为本书的重点,著者还对宽严相济刑事政策、严打政策、死刑政策等当下极为关注的重大问题都作了专题研讨,提出了个人观点,这对于推进我国刑事政策的理论研究具有正面的、积极的价值。

德国学者罗克辛教授提出了体系性思考与问题性思考这两种研究方法。体系性思考是建立一套话语——逻辑体系,将相关问题纳入这一体系之中,

<sup>①</sup> 参见梁根林:“解读刑事政策”,载陈兴良主编:《刑事法评论》第11卷,中国政法大学出版社2002年版,第17、32页。

而问题性思考则是从具体问题出发，提供解决问题的各种方案。应该说，这两种思考各有利弊。我在先前的学术研究中，对体系性思考是偏爱的，现在却逐渐地向问题性思考靠拢。我高兴地看到，《刑事政策之反思与改进》完全是采用问题性思考的方法对刑事政策进行研究的，这就克服了体系性思考所带来的繁琐性，直接切入主题，风格明快，这是值得嘉许的。

参与本书写作的都是北大和人大的法学博士，他/她们的工作岗位各不相同，但在对刑事政策的共同学术兴趣的感召下，协力完成了《刑事政策之反思与改进》一书，这是难能可贵的。本书是司法部的科研项目，尽管项目之作难免有命题作文之嫌，但我还是从本书中看到了年青同仁闪光的思想火花与扎实的学术功力。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年10月29日

# 目 录

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 导论 反思刑事政策 .....              | (1)   |
| 专题一 刑事政策思想嬗变与现代发展 .....      | (14)  |
| 一、西方刑事政策思想嬗变与现代发展 .....      | (14)  |
| 二、中国刑事政策思想嬗变与现代发展 .....      | (36)  |
| 专题二 刑事政策之体系与结构 .....         | (47)  |
| 一、刑事政策之纵向结构 .....            | (48)  |
| 二、刑事政策之横向结构 .....            | (52)  |
| 专题三 刑事政策诸过程之探讨 .....         | (99)  |
| 一、刑事政策之制定 .....              | (99)  |
| 二、刑事政策之执行 .....              | (107) |
| 三、刑事政策的评估 .....              | (112) |
| 专题四 刑事政策的价值目标与模式选择 .....     | (117) |
| 一、刑事政策的价值目标：秩序维护与人权保障 .....  | (117) |
| 二、刑事政策的模式选择 .....            | (121) |
| 专题五 刑事政策与刑法解释 .....          | (131) |
| 一、刑法解释的特征和功能 .....           | (132) |
| 二、刑事政策在刑法解释中的角色定位 .....      | (136) |
| 三、刑事政策与刑法解释方法 .....          | (142) |
| 四、刑事判例——体现刑事政策的另一种解释形式 ..... | (150) |
| 专题六 刑事政策与刑事一体化 .....         | (153) |
| 一、刑事一体化思想的产生和发展 .....        | (153) |
| 二、刑事政策与作为观念的刑事一体化 .....      | (157) |
| 三、刑事政策与作为方法的刑事一体化 .....      | (165) |
| 专题七 刑事政策与刑法改革 .....          | (177) |
| 一、刑法改革方向之一：加强对被害人的保护 .....   | (179) |
| 二、刑法改革方向之二：建立恢复性司法 .....     | (188) |
| 专题八 刑事政策与刑事诉讼变革 .....        | (201) |

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 一、刑事政策的变化导致刑事诉讼程序分化 .....       | (201) |
| 二、合理有效的刑事政策法律程序化 .....          | (204) |
| 三、加强对被害人的诉讼权利保障和救济 .....        | (208) |
| 四、刑事政策指导下的刑事和解制度 .....          | (210) |
| <b>专题九 宽严相济刑事政策</b> .....       | (215) |
| 一、宽严相济刑事政策的形成 .....             | (215) |
| 二、宽严相济刑事政策的价值定位与基本内涵 .....      | (219) |
| 三、宽严相济刑事政策的立法体认 .....           | (226) |
| 四、宽严相济刑事政策的司法贯彻 .....           | (234) |
| <b>专题十 “严打”刑事政策之反思与改进</b> ..... | (242) |
| 一、“严打”刑事政策的提出与实践 .....          | (242) |
| 二、“严打”刑事政策的合理性与弊端 .....         | (247) |
| 三、“严打”刑事政策的前景 .....             | (259) |
| <b>专题十一 严格控制死刑的刑事政策</b> .....   | (266) |
| 一、严格控制死刑刑事政策的形成及立法的初步体认 .....   | (266) |
| 二、严格控制死刑刑事政策的背离及其原因 .....       | (269) |
| 三、严格控制死刑刑事政策的回归及其原因 .....       | (273) |
| 四、严格控制死刑刑事政策的前景及其措施 .....       | (281) |
| <b>专题十二 犯罪被害人的国家救助政策</b> .....  | (294) |
| 一、被害人救助刑事政策的界定 .....            | (295) |
| 二、被害人救助刑事政策的理论基础 .....          | (298) |
| 三、被害人救助刑事政策的现实价值 .....          | (301) |
| 四、被害人救助刑事政策的具体实现 .....          | (306) |
| <b>参考文献</b> .....               | (315) |
| <b>后记</b> .....                 | (322) |

## 导论 反思刑事政策

在今天这样一个多元化的社会，单一的刑罚已经不能应对日益复杂的犯罪。刑事政策被视为刑事科学中的核心概念，对于刑事事实和刑事规范具有统摄的作用。刑事政策被认为是刑事立法与刑事司法的灵魂。<sup>①</sup> 现代刑事政策研究将带来刑事法领域方法论的革命，推动刑法寻找新的空间、灵感源泉和解释指南，刑法处在一个叫做刑事政策的更为广泛、更为开放的整体核心。<sup>②</sup> 一般认为，刑事政策规定犯罪圈与刑罚圈的范围，规定刑罚从严从宽的向度，规定刑罚从严从宽的程度。但是，在刑事政策的本体、刑事政策的相邻关系以及刑事政策的发展上尚存在若干问题，需要一一厘清。笔者拟结合中国刑事政策的实践，探讨为何反思刑事政策、刑事政策与刑事法规范的关系、刑事政策的走向等问题，以就教于方家。

### 一

从我国现存的刑事政策来看，有两个来源：一个是党的政策，一个是国家的政策。作为执政党，中国共产党是社会主义各项事业的领导核心，各项党的政策直接指导刑事司法实践，主要有三种方式：第一，通过党关于刑事立法、司法、执法的指导性文件，直接加以指导。新中国成立以来，诸多刑事政策并非从国家文件而是从党的文件中产生。第二，通过党对各项事业的精神领导实现，党的纲领是全面建设小康社会与构建和谐社会的行动指南。党的历次会议的精神、各项决定的指示都通过强有力的国家机器进入各项事业。第三，通过党对国家机制的设计实现，比如党通过各级政法委员会实现对一定地域之内的司法的统一和协调，由党直接指导下的政法委员会对各司法机关的执法进行事前的防范、事中的协调、事后的矫正等，保证党的政策能及时地深入司法实践。党的政策通过立法、司法和执法各个渠道，通过政

① 陈兴良、周光权：《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第419页。

② 赵秉志主编：《刑事政策专题探讨》，中国人民公安大学出版社2005年版，第14—15页。

策过程和运行影响立法、司法和执法,影响到制刑、量刑、行刑等环节。在认识上,理论上一般认为:刑事政策的主体有两层含义:决策主体为国家(有时为执政党),执行主体为国家以及社会。<sup>①</sup>党不仅直接制定刑事政策,而且负责刑事政策的执行和反馈。比如,综合治理要求在党和政府的统一领导下实现。

党的政策转化为国家刑事政策的方式有五种:第一,通过党在国家机构中担任国家元首、政府首脑、司法首脑、立法代表和行政官员的党员,并经过法定程序将党的刑事政策转化为国家刑事政策;第二,直接以党的名义就国家制定刑事政策作出具体的指示,拿出具体的指导性意见;第三,以党章、党的政治纲领中关于某一历史时期对社情的论断为总的指导思想,为国家制定刑事政策提供一个长期的、稳定的指导方针;第四,采取向国家机关提出刑事政策建议的方式;第五,通过舆论手段宣传党的刑事政策主张或刑事政策思想,指导和影响国家对刑事政策的制定和执行。<sup>②</sup>长期以来,在我国的刑事政策中,党的刑事政策与国家的刑事政策是一体的,党的政策直接指导刑事实践。

审视我国现有的刑事政策,它确实存在反思的必要:第一,刑事政策与刑事策略不分。刑事政策制定草率而匆忙,欠缺充分的论证,类似于刑事策略——朝令夕改。从“宽严相济”、“从重从快”来看,都是来源于党的文件或领导人的讲话。受政治运动的影响,多数刑事政策制定匆忙而草率,“头痛医头脚痛医脚”,忽视刑事政策的长期效应,“治标不治本”,未能顾及犯罪本身的规律性,也没有真正把刑事政策当做一门科学,一定意义上,是把刑事政策与刑事策略连在一起研究。第二,刑事政策与刑事法律不分。刑事政策与刑事法律二者既有联系也有差异。刑事政策是刑事法律的灵魂,刑事法律是刑事政策的条文化。改革开放之前的一段时间内,受法律虚无主义的影响,政策代替法律,直接审案定案。改革开放以后,特别是1979年刑法颁布以来,刑事政策与刑事法律界限与功能逐渐区分开来,但是实践中仍然存在政策代替法律直接指导司法实践的问题。<sup>③</sup>第三,从现有的刑事政

① 储槐植:《刑事政策:犯罪学的重点研究对象和司法实践的基本指导思想》,载《福建公安高等专科学校学报(社会公共安全研究)》1999年第5期。

② 李学斌:《论党的刑事政策与我国刑法的关系》,载《河北学刊》2002年第1期。

③ 比如,1983年3月29日中央政法委员会政法[1983]6号函直接规定个人贪污不满2000元的是否需要判刑的问题;1983年12月20日中央纪律检查委员会、中央政法委员会《关于严惩严重经济犯罪的意见》直接规定十余种犯罪的定罪与量刑问题。

策的制定和执行来看,存在重刑主义的倾向。中国具有重刑主义的传统,提倡通过重刑威慑维持社会秩序。但是盲目相信重刑,最终只能使人的心理麻木。现代刑事政策的发展是“重重轻轻”,但刑法的总体发展趋势是轻刑化。这是适应权利发展潮流、国际人道主义发展的趋势。<sup>①</sup>过量的刑罚不断促使政策加重、刑罚攀升。每当社会治安形势恶化、犯罪率上升,民意如果不经科学的引导便会本能地将其原因归结为惩罚不够、打击不力,进而主张加大刑罚量。决策者、立法者受社会压力而必须在公共政策和刑事立法方面作出回应,形成重刑主义和刑罚严酷。这尤其表现在非暴力犯罪的死刑适用和经济犯罪的长期自由刑上。

法律谦抑是对社会治理规则的尊重,也是形成善治的前提,表现在刑事法领域便是刑法谦抑。我们在反思刑事政策时,要关注的正是刑法谦抑,刑罚不是万能的,不应当把所有的该罚行为纳入刑法的调整范围。尽管维护稳定、促进发展(包括权利、人权的发展)仍然是刑罚的当然任务,但不必然地导致刑罚作为第三道防线为所有的行为设置罚则,更不应对本属轻罪的行为设置过高的刑罚来追求威慑的功利效果。

## 二

犯罪现象决定刑事政策的制定与变化,一切刑事政策围绕犯罪现象展开。一定的刑事政策总是根据犯罪和犯罪人的实际情况来制定的,通过刑事立法、刑事司法和刑事执法反映到刑事法实践中。理论上一般认为,刑事政策是刑事立法的先导,是刑事司法和刑事执法的指导。换句话说,刑事政策贯穿刑事立法、司法和执法的始终,宏观指导刑事法的过程,这既可以通过立法、司法解释来规定,也可以通过影响立法者和司法者的法律观念和法律意识来达致。理论界现在经常提到:一是刑事政策刑法化;一是刑法刑事政策化。这是刑事政策学者、刑法学者对刑事政策与刑法辩证关系的一个分析。视野拓宽,应当是:刑事政策刑事法化;刑事法刑事政策化。

### (一) 刑事政策刑事法化

这是法治时代对现代公共政策的要求。刑事政策是刑事领域的公共政策,是刑事科学实践中的战略和行动准则。根据现代公共政策的要求,它必

<sup>①</sup> 蒋熙辉:《权利发展与刑法改革》,载《法制与社会发展》2005年第6期。

须在内容上根据一定的犯罪现象和社会治安形势制定，在形式上具有概括性、规范性。作为一项政策，其制定和修改有一定的程序，渊源上相对固定（党和政府的决议文件和指示、报告或者讲话）。刑事政策应当顺应法治时代的发展，更为系统、规范和科学。重要的途径就是法治化。刑事政策法治化，是刑事政策向法律置换的过程，即在立法或司法过程中将刑事政策表现出来的价值在立法或司法过程中体现出来。<sup>①</sup> 刑事政策是灵魂，是刑法制定的依据，刑法是刑事政策的具体化、条文化，刑法必须以刑事政策为指导。这是我们对刑事政策与刑法关系的精练概括。但这种静态的描述不能给我们更多的启示，刑事政策法治化正是从动态的角度对刑事政策通过刑事法规制、干预犯罪，同时接受刑事法约束，保持政策限度的一个概括。

第一，刑事政策指导刑事法的创制。刑事立法必须接受刑事政策的指导，才能保证立法体现决策者意志、实现决策者愿望、反映决策者利益。刑事政策要求适时而严格地划定犯罪圈和刑罚圈，根据经济社会的发展调整刑法的调控范围。比如，1979年刑法为保证经济稳定运行和政府的有效调控而规定投机倒把罪，其中长途贩运等行为是投机倒把的一种类型，而1997年刑法将长途贩运等符合市场经济规律的经济行为除罪化。这是刑事政策适应社会经济发展要求而作出的调整，体现在刑事立法中就是对投机倒把罪的废除。又如，对于洗钱罪，在1979年刑法中没有规定也没有必要规定，而1997年刑法限于当时的金融发展和理论认识，把洗钱罪的上游犯罪限制在走私犯罪、黑社会组织犯罪、毒品犯罪上，其后的修正案（三）把恐怖犯罪纳入其中，刑法修正案（六）进一步把贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪以及金融诈骗犯罪纳入洗钱罪的上游犯罪，正是考虑到在金融自由化、金融国际化情形下贪污贿赂犯罪、金融犯罪不断增长的情况，同时也是适应反腐败公约的要求加强反腐防腐力度。再如，鉴于中国限制和控制死刑适用的刑事政策（又称为“少杀慎杀”），最高人民法院把死刑核准权收回，这关系到刑事诉讼法与死刑核准相关法律的修订，也是近几年刑事司法体制改革的一个重要内容。

第二，刑事政策规制、干预犯罪的间接性。刑事政策与刑事法律存在功能上的划分，刑事政策主要是宏观地为规定犯罪、认定犯罪、惩罚犯罪拟定原则，而刑事法律则是具体规定犯罪与刑罚、规定犯罪及其具体的认定和处罚程序。司法机关认定犯罪和施加刑罚只能根据刑事法律而不能适用刑事政

<sup>①</sup> 赵秉志主编：《刑事政策专题探讨》，中国人民公安大学出版社2005年版，第28页。

策,刑事政策规制干预犯罪的指导意义必须通过刑事法律来实现。比如,在刑法规定禁止医务人员为人选择性别辨认男女提供帮助前,不能按照刑事政策的要求对该类犯罪学意义上的行为追究刑事责任;又如,对于个别犯罪行为,犯罪行为危害极大,人身危险性极大,从刑事政策出发难以矫正,但是刑事法律规定了并不严厉的刑罚,不能突破刑事法律的规定直接按照刑事政策对行为人加重刑罚。这既是刑事政策与刑事法律辩证关系的要求,也是宪法基本人权保障的基本要求。

第三,刑事政策受刑事法的约束。刑事政策具有犯罪干预的间接性,而且具有灵活性,可以由决策者根据犯罪现象与社会形势的发展作出适当的调整。但是,刑事政策的灵活性必须受到刑事法律的制约或约束。体现在刑事政策的制定上,决策者必须考虑刑事法律的现状,谨慎而慎重地制定与刑事法律相矛盾的政策,考虑刑事政策和刑事法律执行中的背离;在程序上,决策者不能通过刑事政策修改刑事法律,不能赋予刑事政策以变更刑事法律的效力。比如,我们直接在党的文件中规定某项与刑法矛盾的刑事政策;又如,我们鉴于农村治安形势的恶化在某项文件中直接规定对农村犯罪实行“从重从快”,但不能规定加重,更不能违反刑事诉讼法的规定剥夺被告人的上诉权。刑事政策的灵活性在于它可以对刑事法律的适用作出一定的调整,这一调整必然导致二者的矛盾。立法者必须在刑事政策与刑事法之间,选择执行的依据。这里可能包括两种情形:一是刑事政策正确,刑事法未能及时修改应对。理论与实务界主张采取立法解释、司法解释等办法将刑事政策的精神贯彻到刑事立法和刑事司法中去。但在采取立法和解释行为之前,应当严格执行刑事立法的现有规定,而不能采用刑事政策。二是刑事政策错误,但刑事立法正确。毫无疑义,应当严格坚持刑事立法,并向有关部门提出修改刑事政策的建议,使刑事政策维持它的指导地位。一言以蔽之,刑事法律具有社会保护和人权保障两大机能,刑事政策的制定必须考虑刑事法律的规定,刑事政策的执行必须受到刑事法律的约束。

提出刑事政策刑事法化,主要是要求刑事政策在制定、执行乃至反馈中(刑事政策过程)必须考虑刑事法律的因素。这对于刑事政策提出了规范化、系统化、程序化的要求。从我国目前的刑事政策的状况来看,无序、散乱是主要特征,政策与策略不分。刑事政策刑事法化,要求我们制定刑事政策不能搞政出多门、各行其是,执行刑事政策时不能搞乱糟糟、一哄而上,要建立一定的部门来专门负责刑事政策、形成一定的制度来规范刑事政策、设立一定的机构来研究刑事政策。现代刑事政策要求形成一个闭环的系统,

从制定—执行—反馈，改变目前的政策状况，多制定、乱执行、无反馈，只能称之为半截子刑事政策。规范化则要求刑事政策的制定要采取一定的规范的形式，或者意见、决定，或者通知、决议，领导人的讲话为刑事政策的制定提供指导，直接进入刑事政策既不严肃，也有损刑事政策的科学性。刑事法律作为法律规范，是刑事政策向规范化、系统化、程序化转型的良好参照和必要渠道。正是在这个意义上，我们提出——刑事政策刑事法化。

## （二）刑事法刑事政策化

刑事法律是规定犯罪与刑罚及其认定和施加程序的法律规范体系。刑法是实体法，刑事诉讼法和刑事执行法是程序法。刑事政策学研究的是国家和社会惩罚权的正当性、合法性与合理性，刑事政策必然高于刑事法律，是从刑事法律之外来观察刑事法律的运行，反思刑事法律运行的得失、效率，重新设计刑事法律的运行机制。作为应对犯罪的一种宏观战略，刑事政策与刑事法律紧密联系，既指导刑事法律运行，又受制于刑事法律的运行。相应的，刑事法律必须在运行中考虑刑事政策的各项要求，在制刑—配刑—量刑—行刑等各个环节将刑事政策融入进去。

第一，刑事法律的创制必须考虑刑事政策。刑事法律的创制（包括刑事法律的废改立）是刑事政策作用的结果。对于不符合社会需要而在刑法中规定的犯罪，立法者应当及时地通过刑事立法果断予以除罪化，比如，对于严格控制下的安乐死有必要予以非犯罪化，刑法史上对于流浪、通奸行为的除罪化正是基于刑事政策认为类似行为不再具有社会危害性；对于伴随社会发展需要危害性有所减轻的犯罪，立法者应当调整刑罚的幅度，重新配置合乎规格的刑罚，比如，伴随资本市场的开放，外汇犯罪对国家经济秩序危害的严重性会减少，可能性会降低，外汇犯罪将成为历史，在适当的时候应当适应金融改革调整刑罚；对于市场经济改革和科技革命中新产生的犯罪，刑法应当及时跟进，对相应的行为予以犯罪化，比如市场经济发展中产生的证券、期货犯罪，这是计划经济形态下不可能存在的，又如，伴随科技革命而出现的帮助实施性别选择、克隆人等犯罪，刑事法律都应当适应刑事政策的要求实施犯罪化。同样，在刑事程序法的创制中，根据死刑刑事政策“少杀慎杀”的要求，最高人民法院收回死刑核准权，并实施二审开庭审。

第二，刑事法律的执行必须参考刑事政策。刑事法律如何执行以及执行效果的考量，刑事政策是一个重要因素。对于未成年犯要挽救、要从宽是一条基本的刑事政策。刑法直接规定未成年犯刑事责任从宽，刑事诉讼法规定

未成年犯要不公开审理,刑事执行法对未成年犯实行分管分押,避免羁押场所未成年人“学习”犯罪技术,都体现对未成年人从宽的刑事政策精神。在历次“严打”行动中,刑事法律的执行的确体现了“从重从快”,在刑事法律范围内考虑“从重从快”对于短时间内集中力量打击犯罪、稳定社会具有一定的功效,与我们长期实行的综合治理构成治标与治本两个不可缺少的环节。尽管“严打”一再受到质疑,但在控制犯罪的长效机制形成之前,不能一概抹杀严打的功效,需要注意的是,必须坚持刑事法律对刑事政策的约束。还有,我国刑事政策中“两少一宽”是针对少数民族犯罪的基本刑事政策,要求对少数民族罪犯实行“少捕少杀”、“一般要从宽”。这是从维护法制统一和兼顾民族及民族地区的特点的原则出发而提出的。<sup>①</sup>刑法第90条明确规定:民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。这种变通或者补充立法的授权性规定,即根据少数民族的特殊情况实行“从宽”。同时,对于少数民族犯罪,刑事司法中必须关注少数民族的身份,“少捕少杀”的参照标准是汉族犯罪分子实施的类似罪行,包括“少捕”和“少杀”两个部分。“少捕”是从定罪和司法程序意义上讲的,要求不要妄动刑事司法程序,能够不定罪的可以不予定罪;“少杀”则是从量刑意义上讲的,要求在与汉族犯罪分子的同等罪行上,少数民族犯罪应当严格控制死刑的适用。“一般要从宽”包括量刑上的从宽和定罪上的从宽,表现为依法相对从宽,但不是绝对从宽,也不是一律从宽。

刑事法刑事政策化的意义之一在于使静态的刑事法规范活化为动态的刑事法,使刑事法成为一个整体,也是刑事一体化的本旨所在;意义之二在于使刑事法适应社会发展的要求,及时反映决策者的意图,使刑事法律更能贴近社会生活,更为社会化。提出刑事法刑事政策化,要求:第一,刑事法律运行必须考虑法律运行的本土环境。即政策的运行环境。中国长期的刑事法律实践已经形成丰富的刑事政策资源,包括宽严相济、两少一宽、从重从快等。刑事司法的目的应当是刑罚效果与社会效果兼顾,如果一味强调刑罚效果而不顾及社会效果,最后只会造成社会更大损失和负面的社会效果。在针对河北省委省政府2004(1)号文件关于民营企业家“原罪”的讨论中,如果我们“严格”地执行法律,对正在经营中的民营企业家实施强制措

<sup>①</sup> 肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社1996年版,第281页。

施——拘留或者逮捕，导致的结果不仅仅是涉案民营企业家个人自由的丧失，很可能影响到一个企业的生存乃至一个地区的经济发展，尤其在存在错案可能的情形下。正是因为这样，河北省的2004（1）号文件强调要保护非公有制经济，对涉嫌犯罪的非公有制企业主采取少捕或不捕的方式办理案件。<sup>①</sup>2006年年初最高人民检察院办理破坏市场经济秩序罪渎职罪若干问题的意见借鉴了这一有益的经验。经济发展是富民兴国的第一要务，在提倡依法治国严格依法办案的前提下灵活地运用刑事政策并不违反刑事法律。第二，刑事个案中必须考虑刑事政策因素。个案中对行为人社会危害性不大、行为人人身危险性不大的犯罪，我们应当根据宽严相济刑事政策的要求运用刑法第13条的出罪机制。在刑罚政策中，刑罚个别化是一个基本原则，包括量刑个别化和行刑个别化，在遵循罪刑平等原则的前提下，针对犯类似罪行的行为人最终给予不同的刑罚，是遵循量刑个别化原则考虑行为人的社会危险性等因素；而在行刑环节，依男女性别、年龄职业、民族身份等给予不同的处遇，是行刑个别化的要求。服刑之初刑期同等，可能因为改造效果的好坏获得减刑、假释而最终实际服刑期不一，这也是行刑个别化的要求。

无论是刑事政策刑事法化，还是刑事法刑事政策化，都源于刑事政策与刑事法律的辩证关系。理论界认为：所有的刑事政策都需要合法化，但并非所有的刑事政策都需要法律化。<sup>②</sup>我以为，刑事政策刑事法化与刑事法刑事政策化并非一个逻辑的全称判断，而是一个趋势性的命题。围绕国家刑罚权的行使，要求我们更好地处理二者之间的辩证关系，把刑事政策融入刑事法律，使刑事法律运行体现刑事政策的指导。

### 三

中国刑事政策何处去？这一关乎政策走向的宏观问题，需要我们定位刑事政策并分析运行模式，进而思考21世纪的中国刑事政策的发展。

#### （一）刑事政策的定位与模式

关于刑事政策，存在由辅导性知识强化为刑事科学核心的演进。传统观

<sup>①</sup> 蒋照辉：《企业原罪与冀（2004）1号文件》，载《中国法治发展报告（法治蓝皮书）》，社会科学文献出版社2005年版。

<sup>②</sup> 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230页。

点认为,刑事政策是刑法的辅助知识。而新近的刑事政策支持者认为:“刑事政策学这种以对应用的刑事政策的价值批判为基础、以对应然的刑事政策的实践理性追求为导向的学术研究,从立法、司法和行刑的事实出发,而又对立法、司法和行刑起着指导作用。它居于立法、司法和行刑的上位,为刑事立法、刑事司法和刑事执行的维持、变动和补充的策略性理论依据。刑事政策学应当是现代刑事立法论、刑事司法论、刑事执行论的灵魂。”<sup>①</sup> 这种认识逐渐成为刑事科学学者的共识,认为刑事政策具有超越性,超越刑法规范和刑事事实,以各自学科的综合知识形成独立的决策科学。在我看来,刑事政策具有超越地位,居于刑事一体化的核心。

刑事一体化要求实现刑事政策思想的一体化与刑事科学研究方法的一体化。它一方面要求用刑事政策学这一形而上的知识体系,观照刑事法诸分支学科的研究,并在彼此之间建立一种内在的联系,实现刑事科学的科际整合。另一方面,它也要求刑事政策学借助于其他刑事科学的知识、概念、原理和方法,展开对犯罪与反犯罪斗争问题的一体化的系统研究。<sup>②</sup> 根据刑事一体化的观点,刑事科学包括刑事政策学、刑事规范学和刑事事实学,分别与公共政策、法律规范、犯罪事实相连。刑事规范学包括刑法学、刑事诉讼法学和刑事执行法学,而刑事事实学多指犯罪学,刑事侦查学在一定意义上属于刑事事实学的范畴。刑事政策指导刑事事实的发现和刑事法律的运行,具有超越的地位,它是一个开放的范畴,不断吸收新的知识。

刑事政策的模式是对刑事政策历史与现实的实践活动的某种概括,也指一国进行刑事实践所可能采取的行动方略。法国著名刑事政策学者戴尔玛斯-马蒂将人类社会出现的刑事政策模式划分为国家模式和社会模式两类。前者包括三种:完全纯粹的国家模式,即专制国家模式,国家主导对犯罪与越轨行为的反映;自由社会国家的混合模式,犯罪由国家干预,越轨行为交给市民社会;收缩的国家模式,即极权国家模式,国家对犯罪与越轨行为不加区分地反映。后者包括两种:完全的社会模式,区分犯罪与越轨,但市民社会对犯罪开始承担责任;收缩的社会模式,不区分犯罪与越轨,市民社会承担对犯罪与越轨反应的责任。<sup>③</sup> 中国刑事政策理论界曾经依据韦伯“理想

① 甘雨沛:《外国刑法学》(上),北京大学出版社1983年版,第79页。

② 梁根林:《刑事一体化视野中的刑事政策学》,载《法学》2004年第2期。

③ [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第53—58页。