

刑事政策论

孙秋杰
屈耀伦
沈天炜
著



兰州大学出版社

XINGSHIZHENGCELUN

XINGSHIZHENGCELUN

XINGSHIZHENGCELUN

2005 年度甘肃社科基金项目

刑事政策论

孙秋杰 屈耀伦 沈天炜 著

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事政策论/孙秋杰,屈耀伦,沈天炜著. —兰州:
兰州大学出版社, 2005.5
ISBN 7-311-02592-3

I. 刑... II. ①孙...②屈...③沈... III. 刑事政
策—中国—高等学校—教材 IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 053506 号

刑事政策论

孙秋杰 屈耀伦 沈天炜 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail:press@onbook.com.cn

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

兰州大学出版社激光照排中心照排

兰州人民印刷厂印刷

开本: 787×1092 1/16

印张:14.5

2005 年 2 月第 1 版

2005 年 2 月第 1 次印刷

字数:380 千字

印数:1~1000 册

ISBN7-311-02592-3/D.179

定价:32.00 元

第一章 刑事政策论概述	(1)
第一节 刑事政策的概念	(1)
第二节 刑事政策的特性	(14)
第三节 刑事政策论的体系	(15)
第四节 刑事政策论在刑事法学系统中的地位	(16)
第五节 刑事政策学的对象、范围与学科使命	(18)
第二章 刑事政策的结构和功能	(23)
第一节 刑事政策的结构	(23)
第二节 刑事政策的功能	(28)
第三章 刑事政策的指导思想与理论基础	(32)
第一节 刑事政策的指导思想	(32)
第二节 刑事政策的价值目标	(35)
第四章 刑事政策的制定与实施	(42)
第一节 理论学说对刑事政策制定的影响	(42)
第二节 刑事政策制定的社会根据	(44)
第三节 刑事政策制定的基本原则	(47)
第四节 刑事政策制定的程序	(49)
第五节 刑事政策实施概述	(53)
第六节 刑事政策实施的功效评估	(56)
第五章 影响刑事政策的因素	(65)
第一节 社会经济政治因素	(65)
第二节 犯罪及犯罪人因素	(71)
第六章 刑事政策与刑罚	(81)
第一节 我国的刑事政策与刑罚目的	(81)
第二节 我国刑罚的作用	(83)
第三节 刑事政策与刑罚	(87)
第七章 我国主要的刑事政策	(99)
第一节 惩办与宽大相结合刑事政策	(99)

第二节 社会治安综合治理的刑事政策	(106)
第三节 我国青少年犯罪的刑事政策	(119)
第四节 我国毒品犯罪的刑事政策	(128)
第五节 对我国现行刑事政策的反思	(133)
第八章 西方国家的刑事政策	(142)
第一节 西方国家历史上的刑事政策	(142)
第二节 西方国家刑事政策的历史演变与现代趋势	(163)
第九章 刑事政策的几个新课题	(172)
第一节 刑事一体化	(172)
第二节 刑事政策与非犯罪化、非刑罚化	(181)
第三节 刑法的刑事政策化和刑事政策的法治化	(199)
主要参考文献	(225)



第一章 刑事政策论概述

第一节 刑事政策的概念

只要社会上存在犯罪现象,就有与之作斗争的相应的刑事政策。刑事政策是与国家同时产生的。根据史书记载,我国数千年前就有“明德慎刑”、“德主刑辅”、“刑期于无刑”等用语。欧洲早在古希腊时代,柏拉图、亚里士多德(Aristotle)就曾说过:“犯罪不外是一种疾病,故刑罚不应是对既往的,而应当是针对将来的。”这些都是刑事政策思想的萌芽。刑事政策思想、刑事政策是刑法的先导,是先于刑法而存在的。在人类社会产生犯罪现象以后的相当长的历史时期内,是依靠刑事政策,而不是依靠刑法同犯罪作斗争的。人们通常所说的,有犯罪就有刑法,刑法与犯罪同时产生,从严格意义上说,应该理解为有犯罪,就有刑事政策思想,就有刑事政策。刑事政策思想、刑事政策是与犯罪现象同时产生的。刑法是人们运用刑事政策同犯罪作斗争的经验的条文化、定型化,是在刑事政策思想、刑事政策产生以后的一段相当长的历史时期才产生的。不仅如此,在新旧社会制度交替、转换,社会发生重大变革的一段时期内,由于旧的刑法被废弃,新的刑法还没有制定,人们同犯罪作斗争也主要是依靠刑事政策。适应新的社会经济基础的刑法,是在新的、革命阶级的刑事政策的基础上形成的。刑事政策思想、刑事政策已经有很长的历史了,而刑事政策一词的出现,乃是近二百年的事情。据有关学者考证,刑事政策一词最早是在1803年由德国刑法学者费尔巴哈在其所著刑法教科书中首先使用,继而由李斯特等学者加以普遍推行,逐渐为其他欧陆法系国家所使用。但是,什么是刑事政策?它的内涵与外延如何界定?西方国家有各式各样的理解。

一、刑事政策的一般概念

什么是刑事政策?迄今为止,学者们的认识大相径庭,存在着极大的分歧,基本状况是,有多少个刑事政策研究者,大概就有多少种刑事政策概念,“可以这样认为,至今几乎所有关于刑事政策的著述,找不到两个完全相同的刑事政策定义。”^①因而,刑事政策定义呈现出四分五裂、支离破碎的特征。我们将国外和我国学者较为重要的、有代表性的刑事政策定义粗略地加以比较,便可以发现:刑事政策是一个颇具争议性的概念。

首先提出刑事政策概念的费尔巴哈认为:“刑事政策是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和。”^②

德国刑法学家克兰斯洛德(Kleinschrod)认为:“刑事政策是立法者为了预防、阻止犯罪,

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.福建公安高等专科学校学报:社会公共安全研究.1999(5)

②转引自[法]米海依尔·戴尔玛斯·马蒂.刑事政策的主要体系.卢建平译.北京:法律出版社,2000.1



保护公民自然权利并根据各个国家具体情况而采取的措施。”^①

德国刑法学家李斯特认为：“刑事政策是国家和社会据以与犯罪作斗争的原则的总和。”^②

德国刑法学家希波尔(V. Hippel)认为：“刑事政策者，系由目的合理性之立场以观察刑事法之效果之谓也。”^③

法国学者马克·安赛尔(Marc Ancel)认为：“刑事政策是由社会，实际上也就是说由立法者和法官在认定法律所惩罚的犯罪，保护‘高尚公民’时所作的选择。”^④

法国学者米海依尔·戴尔玛斯·马蒂认为：“刑事政策就是社会整体据以组织对犯罪现象反应的方法的总和，因而是不同社会控制形式的理论与实践。”^⑤

日本学者藤木英雄认为：“刑事政策系以犯罪之镇压、防止为目的之公私组织之活动。”^⑥

日本学者田中政义认为：“刑事政策系国家、自治团体抑民间团体，籍刑罚或类似刑罚之方法或制度，以达直接防止犯罪与矫正犯罪为目的，更且为排除因犯罪所生之社会的恶害，考究其手段与方式，对犯罪实施斗争之谓。”^⑦

日本学者大谷实认为：“刑事政策，是指以国家机关为主体的，以防止犯罪为中心的维护社会秩序的活动的整体。”^⑧

甘雨沛教授认为：“刑事政策是国家或社会团体对犯罪、犯罪者以及犯罪诸现象，根据以镇压、压制或抑制和预防犯罪为目的的原则，采取有效的有指导意义的活动或措施。”^⑨

王学沛先生认为：“我国的刑事政策应该定义为：国家专门同犯罪作斗争而制定和运用的策略和手段。”^⑩

《新中国刑法的理论与实践》认为：“刑事政策是运用刑法武器同犯罪作斗争的策略、方针、原则，是我国刑事立法和刑事司法工作的灵魂。”^⑪

《刑事法学大辞书》认为：“刑事政策是指根据犯罪变化，运用刑罚制度及有关制度，有效地同犯罪作斗争，以期实现抑制和预防犯罪之目的的策略、方针、措施和原则。”^⑫

何秉松教授认为，我国刑事政策就其最狭义而言，“即指我国惩办与宽大相结合的基本刑事政策。”^⑬

周振想教授认为：我国的刑事政策“是党为了指导国家创制与实施刑事法律的活动而制定的政策，是国家机关为进行刑事法律的活动而制定的政策，是国家机关进行刑事立法与司

①转引自卢建平.社会防卫思想.载高铭喧,赵秉志.刑法论丛.北京:法律出版社,1998.134

②杨春洗.刑事政策论.北京:北京大学出版社,1994.4

③谢瑞智.刑事政策原论.台北:台北文笙书局,1978.4

④[法]马克·安赛尔.新刑法理论.卢建平译.香港:香港天地图书有限公司,1989.12

⑤[法]米海依尔·戴尔玛斯·马蒂.刑事政策的主要体系.卢建平译.北京:法律出版社,2000.1

⑥谢瑞智.刑事政策原论.台北:台北文笙书局,1978.6

⑦谢瑞智.刑事政策原论.台北:台北文笙书局,1978(6)

⑧[日]大谷实.刑事政策学.黎宏译.北京:法律出版社,2000.4

⑨甘雨沛,何鹏.外国刑法学(上册).北京:北京大学出版社,1984.74

⑩王学沛.刑事政策学刍议.法学季刊.1987(4)

⑪高铭喧,王作富.新中国刑法的理论与实践.河北人民出版社,1988.67

⑫杨春洗,高铭喧,马克昌,余叔通.刑事法学大辞书.南京大学出版社,1990.578

⑬何秉松.我国的犯罪趋势、原因与刑事政策.政法论坛.1989(6)



法等项活动所遵循的准则”。“从内容上看,是以指导犯罪的认定与刑罚的适用为出发点,以预防犯罪为归属的。实质上它指的即是党为了指导国家同犯罪作斗争而制定的一系列政策。”^①

《中国刑事政策学》认为:我国的刑事政策“是指中国共产党和人民民主政权,为了预防犯罪,减少犯罪,以至消灭犯罪,以马列主义、毛泽东思想为指导,根据我国的国情和一定时期的形势,而制定的与犯罪进行有效斗争的指导方针和对策”。^②

杨春洗教授认为:“刑事政策是国家或执政党依据犯罪态势对犯罪行为 and 犯罪人运用刑罚和有关措施以期有效地实现惩罚和预防犯罪的方略。”“我国的刑事政策是我们党和国家为有效地惩罚和预防犯罪,依据我国的犯罪状况和犯罪产生的原因而确定的,对犯罪行为和犯罪人,区别不同情况,运用刑罚或其他处遇手段的行动准则和方略。”^③

《中国刑事政策和策略问题》认为:“刑事政策和策略,简略来说就是一个国家在同犯罪作斗争中,根据犯罪的实际状况和趋势,运用刑罚和其他一系列抗制犯罪的制度,为达到有效抑制和预防犯罪的目的,所提出的方针、准则、决策和方法等。”“目前在我国,刑事政策和策略是党和国家制定的,或者政法机关制定并经党和国家肯定、推行的运用刑事法律武器同犯罪作斗争的一系列方针、措施、政策、办法的总和。”^④

中外学者的上述刑事政策定义,在以下几个基本方面的问题上存在着明显的分歧或不同:

第一,刑事政策的主体范围怎样?刑事政策的主体是国家、国家机关,亦或包括社会(团体)?还是应当将刑事政策的主体定义为社会整体?如果将社会整体作为刑事政策的主体,那么除了国家机关、社会组织外,公民个人是否属于刑事政策的主体?

第二,刑事政策的目的是什么?犯罪的预防、控制、消灭、减少、镇压、抑制的含义怎样?刑事政策的目的是在上述目标之间如何选择?选择的根据是什么?它们同维护社会秩序关系怎样?

第三,刑事政策的手段怎样?是限定在刑罚范围内,还是进行进一步的扩展?如果扩展的话,扩展的范围如何?是扩展到与刑罚制度相联系的有关制度——如保安处分等,还是扩展到能够抑制犯罪的所有手段、措施、制度?

第四,刑事政策限定在怎样的领域内?是仅仅限于立法领域,还是包括司法领域?是仅仅限于刑事法律领域,还是应当扩展到社会政策领域?以怎样的标准进行限定?

第五,刑事政策概念的中心词如何表述?刑事政策的中心词是准则、原则,还是指针、方略、策略、措施、方法、办法、活动或者别的什么?这些中心词的含义及其相互关系如何?

从以上学者对刑事政策定义的历史发展中可以得出以下几点结论:

第一,刑事政策的目的一日趋明确,打击犯罪、预防犯罪,主要目的是预防犯罪,这是中外学者的共识。

第二,刑事政策的手段向多样化发展。由单一的刑罚手段到刑罚与保安处分的双重手



①周振想.论刑事政策.北京:中国人民大学学报,1990(1)

②马克昌主编.中国刑事政策学.武汉:武汉大学出版社,1992.5

③杨春洗主编.刑事政策论.北京:北京大学出版社,1994.7、155

④肖扬主编.中国刑事政策和策略问题.北京:法律出版社,1996.2~3

段,逐渐发展到刑罚手段、非刑罚的、非惩罚性的、非国家的打击与预防犯罪的对策的多样化手段体系。中外学者对手段存在分歧。

第三,刑事政策的主体趋向多元化。手段的多样化引发主体的多元化。由单一的实施刑罚权的国家主体,发展成为国家、社会共同参与的打击与预防犯罪的多元化主体。对此学者们持不同意见。

第四,刑事政策的对象日趋有针对性。刑事政策的目的一一预防犯罪日益明确,为预防犯罪而采取的手段日趋多样化,预防犯罪的对象也必然发生变化。报应主义以惩罚犯罪行为为本能的反应。目的主义以教育犯罪人、预防犯罪为目的而创立刑事政策。但二者都没有超越刑法规范内的犯罪之行为。随着社会防卫思想的发展,预防犯罪的范围必然扩大,由犯罪扩展成为“犯罪现象”,“包括一切不符合规范的犯罪行为或越轨行为”^①,即犯罪行为、违法行为、越轨行为。这方面学者亦有异议。

二、对刑事政策概念的简要归类

中外学者对刑事政策概念见仁见智,各有千秋,但对打击与预防犯罪的目的则趋向统一。其争论的焦点大多集中于为达到预防犯罪的目的所使用的手段和方法,以及手段和方法及于的对象范围。综合分析学者们对以上问题的见解,可为刑事政策的概念进行简要的分类。许多学者认为既然“刑事政策”概念被学者们广泛地使用,那么,这一概念总应当存在共性的地方。储槐植教授认为:中外学者给刑事政策下了种种内涵互异的定义,“最大公约数”是:刑事政策是有效地与犯罪作斗争的方略。^②刑事政策定义停留在“最大公约数”上的明显的令人不满之处是,不能讲清楚“刑事政策到底是什么”。尽管刑事政策概念的涵义始终不可能在“最大公约数”层面上得到具体的阐明,但是刑事政策概念作为一个独立存在的概念,则得到了广泛认同。刑事政策是一个独立概念,这既是刑事政策研究的共同点,也是我们研究刑事政策的最重要的和最为基本的出发点。

但是,我们研究刑事政策概念,并不是为概念而概念,我们并不试图从概念的演绎中获得知识——对于实践价值不高、用处不大的知识,我们的目的是为刑事政策观察和研究划定一个恰当的范围,以求对这一学科有一个准确的定位。

刑事政策概念不应该作为一个规范性概念来理解,如果这样的话,尤其是如果将刑事政策进行规范性研究,比如说学习式的“研究”或者注释领袖们的语录、讲话,必定扼杀刑事政策和刑事政策理论的生命力。但是,这并不妨碍我们对刑事政策概念做最基本的语言学分析。“刑事政策”一语的语言学分析,可以为我们确定其核心含义以及这一术语的大致使用范围提供某些帮助。

“刑事政策”由“刑事”和“政策”两个词构成。其中,“政策”为中心词,“刑事”为限定性修饰词。正如我国学者评论的那样,英美学者在著作中经常使用“刑事政策”的术语,其含义大体上相当于词典中的“刑事的”加“政策”的合成。^③所以,要对“刑事政策”的名称进行语言分

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.北京:法律出版社,2000

②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.福建公安高等专科学校学报:社会公共安全研究.1999(5)

③杨春洗主编.刑事政策论.北京:北京大学出版社,1994.5



析,首先应分别分析“刑事”和“政策”这两个词。

“刑事政策”正被英美国家学者越来越广泛地使用。在英文文献题目中经常出现可以直接翻译成汉语“刑事政策”一词的名称主要有:Criminal Policy, Penal Policy以及更具体的Criminal Justice Policy, Criminal Prevention Strategies, Criminal Control Strategies, Penal reform, prison reform等。在西方语言中,“刑事”一词可以区分为两方面的含义:“犯罪(人)的”(Criminal)和“刑罚(惩罚)的”(Penal),这基本上也适用于我国。在汉语中,“刑事”是指“有关刑法的”,刑法以犯罪和刑罚为最基本范畴,所以,“刑事”的基本涵义也应当是“犯罪(人)的”(Criminal)和“刑罚(惩罚)的”(Penal),“刑事政策”也就应该是“犯罪政策”(Criminal Policy)和“刑罚政策”(Penal Policy),相应地,刑事政策学也就应当是关于犯罪和刑罚的政策学。因此,“刑事政策”的核心含义,应当是指控制犯罪的政策、适用刑罚的政策以及以刑罚控制犯罪的政策。

就语言学角度来说,“政策”一词的语言含义与一国的政治环境和文化传统有着密切的联系。在国外特别是在英美国家,“政策”的基本含义,是指行动的方向、路线、道路、计划、途径(A Course of Action)等。更进一步的含义是指为政府、政党、公司等提议或采取的行动计划、理想的声明等等,政策既指官方即政府的政策,也指民间特别是公司的政策。政策也相应地被区分为公共政策与企业政策两类。英美国家早期的法学词典中,政策概念仅限于保险合同领域使用。后来,政策概念的使用范围逐渐扩大到政治、法律、公共决策领域。在英美现代法学词典中,政策和公共政策之涵义的模糊性、政治性以及立法、司法活动过程的联系得到强调。而在古代汉语中,“政”与“策”两字分开使用,“政”,通常是指政治、政事、政权、正义之意,中心意思是正当地管理国家、治理民众;“策”,是指策书,谋略、计谋、计策、对策之意。有人认为,现代汉语“政策”一词是一个外来语,源于近代日本学者翻译英语“policy”一词时,选择早已传入日本的汉字“政”、“策”组合而成。^①在现代汉语当中,政策是“国家、政党为实现一定历史时期的路线和任务而规定的行动准则”^②,政策是“国家或政党为实现一定历史时期的路线而制定的行动准则”。^③“政策”的主体是政府或政党,而不包括公司、企业等组织。在汉语语言结构中,民间似乎不配使用“政策”一词,当然,可以与政府、政党共用“对策”一词。可见,就“政策”一词的语言学含义以及使用范围而言,现代汉语比英语窄得多。

何谓犯罪?何谓刑罚?犯罪与刑罚的含义如何?依据朴素的道德直觉,犯罪是一种“恶因”,刑罚是犯罪的“恶报”、“恶果”,其内容并非规范、清晰。近代刑法和刑事诉讼法诞生以后,犯罪与刑罚的规范概念得以产生:就实体刑法而言,犯罪始终是法律规定的依法应受刑罚处罚的行为;就刑事诉讼法而言,犯罪是法官(法院)通过公正的诉讼程序确定并宣告为犯罪的事实。刑罚则只能是刑法中规定的惩罚犯罪的制裁措施,刑事诉讼程序中的强制措施尽管也对人的自由和权利产生不利影响,但不再被作为刑罚或者其他形式的制裁看待。但是,社会日常生活中,人们仍然常常将能够引起强烈愤怒并应受强烈谴责的东西统统称之为“犯罪”,人们习惯上说“……是极大的犯罪,”就是如此。可见,“犯罪”与“刑罚”的语言学含义是丰富多彩的,不同的人(群),不同的历史时期,不同的场合,或者在不同的意义上——神学、

①刘斌,王春福等.政策科学研究(第1卷).北京:人民出版社,2001.85~86

②辞海.上海:上海辞书出版社,1980合订本.1465

③现代汉语词典.北京:商务印书馆,1983.1477



伦理学、政治学、社会学、法律学等,是千差万别的。可以说,“刑事政策”一语为刑事政策的实质涵义预留了极大的空间。所以,众多的学者在不同的意义上使用刑事政策概念也就可以理解了。由于刑事政策是一个专业性术语,因此必须在语言学分析的基础上进行专门定义。但是在专业理论领域,刑事政策概念的基本状况是四分五裂、支离破碎,因而需要进行必要的理论整合。那么,理论整合是否能够解决刑事政策的定义问题呢?

理论整合刑事政策概念的基本方法是就各种刑事政策的定义进行分类研究,以锁定刑事政策的大致范围,从而进一步提出问题并为问题的解决服务。“二分法”是事物分类的最基本方法,当然也是我们整合刑事政策概念的基本方法。刑事政策概念有狭义和广义的区分。我国台湾学者林纪东指出:“广义说认为,刑事政策是探求犯罪的原因,从而树立防止犯罪的对策。狭义说则认为,刑事政策是探求犯罪的原因,批判现在的刑罚制度及各种有关制度,从而改善或运用现行刑罚制度及各有关制度,以期防止犯罪的对策。把两说对照看来,以探求犯罪的原因作为刑事政策的起点,以防止犯罪为刑事政策的目标,是两说相同的地方;所不同者,狭义说以改善或运用现行刑罚制度等为范围,广义说则不限于这个范围而已。”^①我国台湾学者张甘妹更进一步地指出:“就广义而言,刑事政策谓国家以预防及镇压犯罪为目的所为的一切手段和方法。”

依广义说,刑事政策之防止犯罪目的不必是直接、积极的或主要的,而凡与犯罪之防止有间接或从属的目的之方法亦可属之。申言之,广义的刑事政策并不限于直接地以防止犯罪为目的之刑罚诸制度,而间接的与防止犯罪有关的各种社会政策,例如居住政策、教育政策、劳动政策(事业政策)及其他的保护政策等亦均包括在内。……狭义之刑事政策,谓为国家以预防犯罪及镇压犯罪为目的,运用刑罚以及具有与刑罚类似作用之诸制度,对于犯罪人及犯罪危险人所作用之刑事上诸政策。^②这种分类也得到我国大陆学者的认同。例如,有学者认为,狭义的刑事政策是指国家为打击和预防犯罪而运用刑事法律武器与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策。它涉及的内容主要是刑事立法、司法和司法机关的刑事惩罚措施。广义的刑事政策是指国家打击和预防犯罪而与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策。它不仅包括以直接防止犯罪为目的的各种刑罚政策,还包括能够间接防止犯罪的有关的各种社会政策。^③甘雨沛教授也将刑事政策区分为广义刑事政策与狭义刑事政策,但略有差异,他将广义刑事政策定位为,以一般预防犯罪为主要任务,对一般犯罪、犯罪者和显然有犯罪危险的诸多现象直接采取相应地镇压、抑制、预防的对策措施;狭义的刑事政策仅指犯罪对策,以特殊预防犯罪为中心任务,以改造教育犯罪者为基准,对个别犯罪类型和犯罪者采取针对性地镇压、抑制、预防的对策措施。^④在刑事政策概念的理解上,陈兴良教授赞成狭义说的同时承认“刑事政策广义说仍有启发意义”。在陈兴良教授看来,刑事政策广义说的启发意义主要在于刑事政策意味着一种“选择”,因而,要作出刑事政策的选择就必须深刻地认识犯罪与刑罚;刑法的刑事政策化,也就是合理化,已经成为一个基本理念。^⑤

①林纪东.刑事政策学.台北:正中书局,1969.3

②张甘妹.刑事政策.三民书局股份有限公司,1979.2~3

③王牧.犯罪学.长春:吉林大学出版社,1992.379~380

④甘雨沛.我国刑法学科学体系中的刑事政策学.社会科学战线.1987(1,2)

⑤陈兴良.刑事政策视野中的刑罚结构调整.法学研究.1998(6)



在狭义和广义刑事政策中间,可以区分各种类型的刑事政策概念。“二分”之后,当然也就是“三分”。在日本,许多学者将刑事政策三分:最广义的刑事政策,即国家有关犯罪的所有对策;狭义的刑事政策,即直接为防止犯罪所采取的一切措施;最狭义的刑事政策,即对犯罪人及其有危险的人所采取的强制措施。^①按照三分法,最广义刑事政策与前面所说的广义刑事政策相同。狭义刑事政策说则将刑事政策限于刑事上的对策,但又不限于刑罚制度,而是包括保安处分、假释以至保护观察、更生保护制度等。最狭义的刑事政策,则仅指针对犯罪者或者有犯罪危险者的措施,措施包括但不限于刑罚,刑罚之外还包括其他措施。

另外,有的学者还进一步将刑事政策作更多的类别划分,从而使刑事政策概念板块更加细小,当然也就更加零碎。如曲新久教授提出日本学者木村龟二认为刑事政策可以归纳为五种:“第一,在最广义上说,刑事政策意味着有关预防和克服犯罪现象的一切方针策略;在这个意义上的刑事政策,并不限于立法政策,而是包含其他一切犯罪对策特别是社会政策、教育政策等,不仅包括刑法的对策,而且包括采取刑法以外的方法的对策。第二,刑事政策意味着通过对犯罪人以及有犯罪危险的人实行个别化的方法所采用的对策;这个意义上的刑事政策,虽然将最广义上的社会政策一概排斥在刑事政策之外,但它并不限于刑罚政策,而是包含了刑罚之外的方针策略,而且也不限于立法政策。第三,刑事政策意味着对犯罪的立法政策,虽然立法政策以外的政策被排斥在外,但作为立法内容的事项范围没有受限定。第四,刑事政策意味着直接作为犯罪对策的刑法以外的处分,这种刑事政策不一定限于立法政策,但将社会政策排斥在外,而且将刑法中的犯罪对策排斥在外。第五,将刑事政策理解为基于合目的的犯罪对策的见地,对现存的犯罪对策进行批判、修正、补充;将刑法作为现存的犯罪对策的中心来理解。”^②木村龟二本人则将刑事政策理解为批判现行刑法的立法政策。显然,刑事政策的五分法远不是刑事政策分类的结束。但是,如果我们继续无限制地分下去的话,就会再次回到四分五裂、支离破碎的状态。可见,如何在最广义刑事政策与最狭义刑事政策之间选择刑事政策的范围,始终存在着很大的困难。

综上所述,中外学者对刑事政策所下的定义,虽然各不相同,但就其实质而言大体可分为两大类,即广义刑事政策概念和狭义刑事政策概念。

(一)一般“两分法”说

台湾学者周治平、林纪东、张甘妹均取“两分法”的广义说与狭义说。周治平先生在强调刑事政策之学理上的不确定性后指出:广义说的刑事政策是探求犯罪原因,从而树立防止犯罪的对策;狭义说的刑事政策以防遏犯罪为直接的主要目的,是一般所指的刑事政策。^③林纪东先生仍依照周治平先生的刑事政策学的分类方法(即按照刑事政策学研究对象的分类,此种分类严格说是广义刑事政策学与狭义的刑事政策学),对刑事政策概念作广义与狭义的区别。他指出:“广义说认为,刑事政策是探求犯罪的原因,从而树立防止犯罪的对策。狭义说则认为,刑事政策是探求犯罪的原因,批判现行的刑罚制度,及各种有关制度,从而改善或运用现行刑罚制度,及各种有关制度,以期防止犯罪的对策。”^④张甘妹先生则从“刑事政策是一

①[日]大谷实.刑事政策学.黎宏译.北京:法律出版社,2000.3

②张明楷.法益初论.北京:中国政法大学出版社,2000.196~197

③谢瑞智.刑事政策原理.台湾台北:台湾台北,1978.3~6

④林纪东.刑事政策学.台北:正中书局,1969.3



种政策”的角度出发将刑事政策划分为广义与狭义的刑事政策。“就广义言,刑事政策谓为国家以预防及镇压犯罪为目的所为一切手段或方法。依广义说,刑事政策之防止犯罪目的不必是直接的、积极的或主要的,而凡与犯罪之防止有间接或从属的目的之方法亦可属之。申言之,广义的刑事政策并不限于直接的以防止犯罪为目的之刑罚诸制度,而间接的与防止犯罪有关的各种社会政策,例如居住政策、教育政策、劳动政策(失业政策)及其他的保护政策等亦均包括在内。……狭义之刑事政策,谓为国家以预防及镇压犯罪为目的,运用刑罚以及具有与刑罚类似作用之诸制度,对犯罪人及有犯罪危险人所作用之刑事上之诸对策。在狭义说刑事政策之范围,不包括各种有关犯罪的社会政策在内,而仅限于直接的,以防止犯罪为主要目的的刑事上之对策。惟所谓刑事上之对策,并不限于刑罚各制度,更包括具有与刑罚类似作用的诸制度。如各种保安处分、缓刑、假释、更生保护等制度亦包括在内。”应该说,张甘妹先生的分类方法是较科学的,符合刑事政策的性质。但是对广义与狭义的取舍上却有违现行刑事政策的宗旨,认为“今日一般所谓刑事政策者,多指狭义而言”。^①

现代刑事政策学研究认为,犯罪的发生多是社会的原因,犯罪是社会病态的一种,所以防止犯罪,不能仅仅依靠刑罚的方法,而必须进一步从整个社会政策着眼,才能够对症下药,从根源上治理。因而,“最好的社会政策就是最好的刑事政策”。20世纪以后的社会连带思想更进一步说明,犯罪为社会病态,社会应负责任,不能专归责于个人。因而,从积极预防犯罪的角度出发,广义的刑事政策是正确的,是犯罪的治本之策。然而广义说虽然正确地表现了刑事政策的含义,却未能据以确定刑事政策的范围,范围过于广泛,难以确定其准确的范围。这是广义说的不足之处。^②我国的社会治安综合治理的刑事政策即取广义说,由于其范围的不确定性,界定不清,导致实施中操作性不强。因而,社会治安综合治理的刑事政策提出20多年至今没有一个完整、科学的定义。

为解决广义说与狭义说的存在问题,有的学者提出“折衷说”。波兰华沙大学教授安德烈耶夫(Anderjew)等人既不主张将刑事政策完全划到社会政策中去,也反对那种认为刑事政策就是“研究刑法或刑事措施的科学”的观点。^③台湾学者林纪东先生主张,按“刑事政策学的内容说,似应由狭义说的观点出发,但不容忘记广义的观点,把刑事政策和其他社会安全政策完全隔开,而使刑事政策学陷于孤立无援的境地”。^④

我国学者也有主张“两分法”说。甘雨沛教授认为刑事政策可以分为广义的刑事政策与狭义的刑事政策。“国家根据以特别预防犯罪为中心任务,以改造教育犯罪者为目的的基准,对个别的犯罪类型和犯罪者采取有针对性的镇压、抑制和预防的对策措施的,为狭义的刑事政策,即通常所称的犯罪对策。国家根据以一般预防犯罪为主要任务,以改造教育犯罪者为目的的基准,对一般的犯罪、犯罪者和显然具有犯罪危险的诸多现象直接采取相应的镇压、抑制和预防的对策措施的,为广义的刑事政策,即一般所称的刑事政策。”^⑤张穹先生从逻辑学的常识出发,认为刑事政策有广义与狭义之分。“广义的刑事政策是分析犯罪原因而采取预

①张甘妹.刑事政策.三民书局股份有限公司,1979.2~3

②林纪东.刑事政策学.台北:正中书局,1969(4)

③卢建平.刑事政策学研究的几个基本问题.法律科学.1990(4)

④林纪东.刑事政策学.台北:正中书局,1969(4)

⑤甘雨沛.比较刑法学大全.北京:北京大学出版社,1997.108



防犯罪的对策,它是统治阶级整个社会政策的一个组成部分,是国家同犯罪作斗争的一种政治形式。……狭义的刑事政策,是统治阶级分析犯罪的原因,评价现存刑法制度的犯罪对策的得失,研究未来刑罚制度的改进,确立预防犯罪的对策。”^①董鑫教授认为:“广义的刑事政策说指国家为预防及惩治犯罪所采取的一切对策和措施,其中既包括以防止犯罪为目的的各种刑罚制度,也包括与预防犯罪间接有关的各种社会政策,如教育政策、劳动政策等。狭义的刑事政策仅指国家为预防及惩治犯罪,而运用刑罚及与刑罚近似的办法,对待犯罪人及有社会危险性者的对策。通常所谓刑事政策,多指狭义而言。”^②前三位学者均采用广义与狭义说,但张穹先生是从刑事政策学角度的分类,不可取。董鑫教授又与张甘妹先生观点相近,认为狭义说是一般意义上的刑事政策,与现代刑事政策不符。甘雨沛教授认为广义的刑事政策即一般所称的刑事政策符合现代刑事政策观点较为科学。但其广义与狭义说的概念仍未脱离刑法学的规范意义。如以特别预防与一般预防为划分标准,社会预防难以包容,间接的镇压、抑制和预防犯罪的对策措施也没有包括,其概念范围有失过窄。

(二)特别“两分法”说

张远煌教授把刑事政策划分为广义的刑事政策和狭义的刑事政策。狭义的刑事政策是指有关同犯罪作斗争的制裁性反应的各种原则。广义的刑事政策又分为相对广义和绝对广义。相对广义的刑事政策除了对犯罪进行制裁性反应的各种原则外,还包括犯罪预防的方针和策略,如预防法的制定和实施等。绝对广义的刑事政策即社会政策,这种分类把狭义的刑事政策理解为立法技术,同时失去了预防犯罪的内容。绝对与相对的划分又缺乏科学的标准,因而难以确定正确的刑事政策概念。^③

王牧教授不是静止地分析广义与狭义说,而是从进化论的观点进行科学的分析,他认为“在现代文献中,有关刑事政策概念存在两种观点:一种是传统的狭义的观点,另一种是现代的广义的观点。”同时分别对狭义与广义的刑事政策下了较为科学的定义:“狭义的刑事政策是指国家为打击和防止犯罪而运用刑事法律武器与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策。它涉及的内容主要是刑事立法、司法和司法机关的刑事惩罚政策,不包括社会对有关犯罪的各种其他政策,仅限于直接地以防止犯罪为目的的刑事惩罚政策。广义的刑事政策是指国家为打击和防止犯罪而与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策。它不仅包括以直接防止犯罪为目的的各种刑罚政策,还包括能够间接防止犯罪的有关的各种社会政策。这种观点实际上认为,刑事政策包括目的在于抑制犯罪的一切活动。在现代文献中,持这种观点的人越来越多,占有主导地位。”^④这一分析既符合当代刑事政策发展的趋势,又符合我国制定刑事政策的实际情况,为我们分析研究建立具有中国特色社会主义刑事政策体系奠定了扎实的理论基础。

陈兴良教授的“两分法”最为创新,他在承认现行的广义说与狭义说后提出了新的见解。即把建立在对犯罪的社会分析基础之上的对犯罪的社会治理对策称之为宏观刑事政策;把建立在对犯罪人的人身分析基础之上的对犯罪人的人身矫正对策称之为微观刑事政策。这



①张穹.论资产阶级刑事政策的历史沿革和发展趋势.中国社会科学.1985,(4)

②董鑫.西方之刑事政策学.国外法学.1987,(1)

③张远煌.现代犯罪学的基本问题.北京:中国检察出版社,1998.219~220

④王牧.犯罪学.长春:吉林大学出版社,1992.379~381.

种分类为刑事政策研究开阔了新视野。在对广义说与狭义说的态度上,他在赞成狭义说的同时承认“刑事政策广义说仍有启发意义”。实质是取折衷的态度。^①

除“两分法”的广义与狭义之分外,还有“三分法”说。日本学者大谷实认为刑事政策的概念可以划分为:最广义的刑事政策,即指国家有关犯罪的所有对策;狭义的刑事政策,即“国家机关(国家和地方公共团体)通过预防犯罪、缓和被害人及社会一般人对于犯罪的愤慨,从而实现维持社会秩序的目的的一切措施政策”;最狭义的刑事政策,即指对犯罪人及具有犯罪危险性的人所采取的强制措施。^②我国学者马克昌教授主编的《中国刑事政策学》一书中采纳了这一观点。^③

曲新久教授认为日本学者木村龟二还为刑事政策归纳出五种。如按前述似可归为“五分法”。但总的看来,木村龟二并非归纳了五种刑事政策概念,而是指出了五类刑事政策的外延,还没有形成完整的五种刑事政策概念。^④

三、笔者对刑事政策的认识

综上,笔者认为可以对刑事政策下这样一个定义:所谓刑事政策,是指国家为维护社会稳定、实现社会正义,围绕预防犯罪、控制犯罪和惩罚犯罪所采取的策略、方针、以及具体措施的总称。

刑事政策包括以下几个方面的具体涵义:

第一,刑事政策的主体是国家,具体来说,就是执政党以及政府等国家机关。执政党和政府等国家机关是刑事政策的决策者,也是刑事政策的执行者之一(执行主体还应包括社会),是完全意义上的刑事政策的主体。

刑事政策是公共政策的一种。西方公共政策学者一般将公共政策的主体限于政府,不包括经济组织、社会组织以及公民个人,因为行政权始终由政府而不是由社会组织以及公民个人行使。在西方国家,在野党获得执政党的地位以后随即退到后台,并不以组织的身份介入公共管理活动,换言之,执政党并不叠架于国家机构之上,在公共政策领域发挥作用的主要渠道是赢得大选后将自己的竞选纲领作为政府施政的依据。但是在中国,作为执政党的中国共产党既非权力机关,也非国家行政机构,但在中国公共决策中占据着领导地位,这为中国宪法所确认,也为政策学者所公认,这是中国公共决策的实际情况,所以中国公共政策之主体当然包括执政党中国共产党,刑事政策的主体也应如此。

如前所述,社会组织和经济组织的权力在刑事政策中具有十分重要的地位和作用。这是因为,一方面,尽管刑事政策决策主体是政党、政府等,经济组织、社会组织不是刑事政策决策主体,但是,在刑事政策决策阶段,经济组织、社会组织可以通过各种渠道与政党或者与政府等国家机关进行沟通,甚至于形成利益集团,参与到制定公共政策的“权力游戏”之中。另一方面,依照法律或者习惯,经济组织、社会组织等往往实际上具有一定的预防、控制犯罪的权力,构成了对政府等国家机关执行刑事政策的补充,在一定范围内和某种程度上甚至于可以说是替代。

①陈兴良.刑事政策视野中的刑罚结构调整.法学研究.1998(6)

②[日]大谷实.刑事政策学.黎宏译.北京:法律出版社,2000.3

③马克昌主编.中国刑事政策学.武汉:武汉大学出版社,1992.2~3

④张明楷.法益初论.北京:中国政法大学出版社,2000.196



作为一种公共政策,刑事政策是由国家决策并由政府等国家机构来具体执行的。公民个人并不是刑事政策的主体,公民不可能以公民个人的身份参与到刑事政策决策——无论是元刑事政策、基本刑事政策还是具体刑事政策。任何政策都有一定的规范性和一定范围与程度上的强制性,是国家机关、社会组织和公民个人遵守的行为准则。但遵守与执行是不同的两个概念。所以原则上讲,公民个人也不是刑事政策的执行主体。但是,刑事政策与其他行为规范的不同之处在于,国家总是主要通过法律的方式授予公民个人享有并行使某些控制、预防犯罪的权力,或者默许公民享有并行使某些得到习惯认同和支持的控制、预防犯罪的权力。这样一来,公民个人在特定的领域实际上获得了相对超越于他人的优势地位,并具有了在一定范围内和一定程度上支配他人的力量。例如,授予公民正当防卫权的刑事政策,实质上也就是赋予公民可以对不法侵害人实施强制的权力。对于许多犯罪来说,在国家权力还没有出场的时候,个人权力便首先出场——犯罪的最初发现、制止、遏制、揭露,以及推动国家对犯罪人进行追究、惩罚、制裁。同理,所谓“民不举,官不究”也是可以经常见到的现象。所以,刑事政策是一个过程,在执行刑事政策的过程中,公民个人总是会或多或少地取得和拥有对犯罪作出适当反应的权力。在这里,我们说,复数意义上的个人构成了与国家相对应的社会的一个部分,单数的个人则是社会对付犯罪的一分子,个人的权力实际上是社会权力的延伸。^①同理,社会权力在一定范围和相当程度上又是公民个人权力的有机集合。一言以蔽之,在控制、预防犯罪的刑事政策体系中,公民个人的权力及其意义与作用也同样是不可忽视的。

第二,刑事政策的目的是为了预防、控制犯罪以保障自由、保护秩序、实现正义。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。

刑事政策应以预防和控制犯罪为目的,不具有如此目的之政策即使客观上具有预防、减少、抑制犯罪的效果,也不宜归入刑事政策的范围。关于刑事政策的目的,学者们常常交叉使用预防、控制、抑制、减少、制止、防止、遏制等术语,我在这里简约地称之为“预防犯罪”和“控制犯罪”,其内容以及所涉及的事项范围应当作消极的、广义的理解。所谓消极,是说刑事政策以有效地将犯罪控制在可以为国家、社会所容忍的范围之内,而不以消灭犯罪为目的,刑事政策并不认为犯罪可以在一个可预见的时期内能够被彻底消灭,“消灭犯罪”是一个过高的不能为经验所验证的不切实际的目标,从而容易使刑事政策实践出现严重的偏差。犯罪是规则现象,任何一个社会都不可能不存在犯罪现象,这是现代社会学的重要收获之一。^②刑事政策的目标应当是理智的、现实主义的。以消灭犯罪为刑事政策的目的不仅不符合经验常识,而且也不科学。现实主义的刑事政策应当是进行代价计较的刑事政策,而不是不计代价地感情用事。刑事政策的现实主义的直接目标应当是,犯罪之社会代价(Social Costs)和犯罪控制之社会代价的最小化以及公正而合理地分配这两种社会代价。^③所以,消灭犯罪不能成为刑事政策的整体目标,刑事政策不可能从总体上消灭犯罪。所谓广义,是说“预防犯罪”和“控制犯罪”不局限于刑事法律的领域,而是应当扩展到更为广泛的社会政策领域。当然,尽



①转引自曲新久.刑事政策的权力分析.北京:中国政法大学出版社,2002.70

②[法]埃米尔·迪尔凯姆.社会学方法的规则.胡伟译.北京:华夏出版社,1999.52

③转引自曲新久.刑事政策的权力分析.中国政法大学出版社,2002.70

管我们可以说“最好的社会政策是最好的刑事政策”,但是,并非以控制、预防犯罪为目的的社会政策,不能视为刑事政策。这是刑事政策与社会政策的基本分野。当然,如前所述,仅仅以“预防犯罪”、“控制犯罪”之目的为标准还不足以将刑事政策与社会政策区别开来。

刑事政策以预防和控制犯罪为直接目的,以保障自由与人权、保护秩序与安全、实现公平与正义为根本目的。在刑事政策的直接目的中,预防犯罪与控制犯罪的涵义略有差异,差异在于,预防犯罪侧重于发生犯罪之事前和事后的预防,因而体现出刑事政策的防御性特征;控制犯罪则是强调以惩罚、打击的方式控制犯罪,因而体现出刑事政策的进攻性特征。国家在这两个基本目的的指引下采取犯罪预防行动和犯罪控制行动。“犯罪预防是国家为防患于未然,在犯罪尚未发生前所采取的行动;与此相对,犯罪控制则是国家在犯罪发生之后,通过对犯罪人科处死刑等刑罚来防止犯罪发生的活动。”^①当然,原则上讲,没有一个国家的刑事政策是纯粹防御型的或者是纯粹进攻型的,刑事政策一般是防御与进攻的结合,只不过防御与进攻的比重或者侧重会有所不同。刑事政策的根本目的是为了保障自由与人权、保护秩序与安全、实现公平与正义、自由与人权、秩序与安全、公平与正义是刑事政策的根本目的,也是刑事政策的根本的价值目标。预防犯罪、控制犯罪的直接目的,如果不是为了保障自由与人权、保护秩序与安全、实现公平与正义,就失去了存在的合理根据。自由、秩序、正义是刑事政策决策和执行过程中选择、分配的最为重要的价值,这些价值目标之间既有一致的地方,也有矛盾和冲突的方面,无论是刑事政策决策还是刑事政策的具体执行都需要执政党和国家机关的审慎选择与分配。自由、秩序、正义范畴也是本文对刑事政策进行权力分析的基本标准。

刑事政策以预防犯罪和控制犯罪为直接目的。这里的“犯罪”就是指现行刑法规范意义上的犯罪,无需扩张其内容和范围。但是,刑事政策的视野却并不局限于刑法规范意义上的犯罪,而是在最广泛的意义上把握刑事政策的意义。这得益于我们将刑事政策目的区分为直接目的与根本目的。自意大利犯罪学家、刑法学家加罗法洛提出“自然犯罪”概念并将这一概念与“法定犯罪”概念相区别以来,犯罪学家便在法律之外观察和研究犯罪问题而完全不受刑法规定的约束,这是近现代以来犯罪学的重大理论贡献,自然也是值得刑事政策一般理论研究关注的犯罪学研究成果。如果我们将刑事政策目的仅仅限于预防犯罪和控制犯罪,那么为了有效地保障自由与人权、保护社会秩序与安全以及实现公平与正义这些更高的价值目标,就需要对犯罪概念作超出刑法规范的理解和解释,将刑法规范设定的犯罪扩展为犯罪学意义上的“犯罪”,从而使刑事政策领域的“犯罪”概念不局限于刑法的范围;或者将“犯罪”区分为实质的概念和形式的概念;或者将刑事政策干预对象区分为犯罪行为 and 越轨行为,从而将越轨行为也纳入刑事政策的视野,而且只有如此,才可以将精神病人处置、未成年人教养等纳入刑事政策的范围。我们将刑事政策之目的区分为直接目的与根本目的,那么,在实现了预防与控制犯罪这一直接目的的基础上,为了更好地实现刑事政策的根本目的,可以无需扩展刑法的“犯罪”概念,而直接将精神病人处置问题、未成年人教养问题、犯罪危险性者的保安处分等等问题,纳入刑事政策的观察范围。这样我们就无需扩张刑法上的犯罪概念,刑事政策的“犯罪”概念与刑法上的“犯罪”概念也就能保持一致。也就是说,刑事政策自然以犯罪(刑法规范意义上的概念)为观察的主要对象,但是又不同于刑法上的犯罪,客观上危害

① [日]大谷实.刑事政策学.黎宏译.北京:法律出版社,2000.4

