

刑法与刑诉法论丛
Xingfa Yu Xingsufa Luncong



Yanda De Lixing Pingjia

汪明亮 〇著

“严打”的理性评价



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D924. 04
30

“严打”的理性评价

汪明亮 ○著

Yanda De Lixing Pingjia

北方工业大学图书馆



00577579



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

“严打”的理性评价/汪明亮著. —北京:北京大学出版社, 2004. 7
(刑法与刑法论丛)

ISBN 7-301-07507-3

I. 严… II. 汪… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 054215 号

书 名: “严打”的理性评价

著作责任者: 汪明亮 著

责任编辑: 孙燕君 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-07507-3/D·0900

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 14.25 印张 200 千字

2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序 一

刘守芬^①

自20世纪80年代以来,“严打”就一直成为党和国家打击犯罪的一项重要策略。事实证明,“严打”有力地打击了严重刑事犯罪、维护了社会稳定,为我国的改革开放和市场经济建设事业起到了保驾护航作用。然而,由于“严打”动用的是刑罚手段,采取的是“从重从快”的战役方式,这又可能与刑事法的相关原则发生冲突。因而,关于“严打”的利弊得失,理论界可谓是仁者见仁,智者见智。然而,当前理论界针对“严打”的探讨是零碎而不深入的,到目前为止,尚无专门从理论角度研究“严打”的著作问世。对“严打”作系统而深入的理论探讨,不仅是司法实践的迫切需要,也是完善打击预防犯罪对策的需要,更是刑事法理论自身发展的需要。

本书以丰富的资料,运用实证的方法、思辨的方法、比较的方法,从刑事政策学、犯罪学、经济学、刑事法学等角度展开对“严打”的研究。纵观全书,主要特点有:

一、体系结构合理

全书共分四章,另加引言和结语。引言部分从国情、民情、党情角度论证了“严打”有其存在的现实基础。正文第一章至第四章分别从刑事政策学、犯罪学、经济学、刑事法学视角对“严打”进行了评价,论证充分,相得益彰,形散而神不散。结语部分在总结的基础上,对“严打”的内涵进行了全新的诠释。全书脉络清晰,逻辑性强,在形式上给人以美的感觉。

二、观点新颖独特

作者在书中提出了许多新颖独特的观点,例如,论证了“严打”的

^① 北京大学法学院刑法学教授,博士研究生导师。

三大现实基础:即特殊的国情、民情和党情;提出了“严打”指标分析体系的建构;从犯罪学角度考察,认为“严打”不是最佳预防犯罪手段,但又是不可或缺的手段;对“严打”成本与“严打”效益进行了剖析,并设计了“从重”、“从快”、“从准”的组合方式;提出了刑事法的双层价值理论,认为刑事实体法追求的是“功利优先,兼顾公正”,刑事程序法追求的则是“公正优先,兼顾功利”;等等。

三、学科融会性强

作者没有局限在刑法学领域来研究“严打”问题,而是在广泛涉猎相关学科论著的基础上,对“严打”问题进行了跨学科的研究。作者把刑事政策学、犯罪学、经济学等相关理论恰如其分地运用在“严打”的分析之中,使得论文更有创意和深度,给人耳目一新的感觉。

四、资料丰富翔实

为了撰写本书,作者阅读了大量论文论著,多次参加相关的学术研讨会,并深入监狱、学校、工厂、农村等进行社会调查,从而积累了大量的有价值的数据、信息,为论文的写作奠定了坚实的基础,使得论文内容有血有肉,增强了论文的说服力。

当然,作为一部青年学者完成的探索性著述,本书也存有一些不足,如在论述国外及港澳台“重重”刑事政策方面,资料还不是很充实;对犯罪生成模式的论证还过于简单;个别地方用词还值得推敲等等。但就总体而言,这是一部选题新颖,有创意的具有较高学术质量的刑事法学论著。作为第一篇以“严打”为题的博士学位论文,同时也是迄今国内最为全面地从理论角度论述“严打”的专著,相信本书的出版,对于“严打”的理论研究和实践操作都具有积极意义。

最后,在本书付梓出版之际,作为作者的导师,希望他在今后的刑事法学教学和研究中能够继续保持勤勉严谨的学风,取得更好的成绩;也希望更多的人来关注“严打”问题,使“严打”策略更趋合理、科学。

2004年2月10日于北京大学燕北园寓所

序 二

陈兴良^①

“严打”是刑事领域的一个极具中国特色的现象,从1983年开始的“严打”,已经伴随着中国社会走过了20年。至今“严打”的思维还在持续着。如何正确地看待“严打”,确实是一个不可避免的重大理论问题。汪明亮同志在北大法学院学习期间,在其导师刘守芬教授的鼓励下,以“严打”作为博士论文的选题,其学术勇气是极为可嘉的。尽管作为北大刑法博士点的一位成员,我对汪明亮的选题是持肯定态度的,但是暗地里还是不禁为汪明亮的大胆选题捏一把汗,毕竟“严打”是一个需要冒险的题目。不过,汪明亮圆满地完成了博士论文,并通过了答辩。现在,博士论文又要正式出版,这是可喜可贺的。在博士论文即将出版之际,汪明亮嘱我为其博士论文的出版作序,我是乐而为之的。在我看来,汪明亮同志的这篇博士论文在对“严打”的研究上具有以下特点,是值得充分肯定的:

一是对“严打”的理性立场。“严打”是在我国社会转型,犯罪率大幅度增加这样一个特定的历史环境下出台的一项刑事政策。不可否认,“严打”在一定的历史条件下对于维护社会治安确实发挥过较好的作用。但是,“严打”本身以其运动式的运作方式,潜藏着破坏法治的可能性。对此,刑法学界是多有诟病的。汪明亮同志对于“严打”政策既不是站在歌功颂德的立场上一味地肯定,或是为之辩解;也不是站在批判的立场上简单地否定,或对之唾弃。在本书中,汪明亮以一种实事求是的理性态度对待“严打”。在作者看来,对待“严打”刑事政策,不能片面、局部去理解、评判。从现实层面说,“严打”刑事政策有其存在的现实基础;从理性角度看,“严打”刑事政策又有

^① 北京大学法学院刑法学教授,博士研究生导师,北京大学法学院副院长,中国刑法学研究会副会长,中国犯罪学研究会副会长。

其思辨的余地。这样一种观点,是较为客观的。因此,我们可以看到本书对“严打”的现实基础进行了科学的揭示,由此得出结论:在当今历史条件下,我党选择“严打”刑事政策是建立在一定的现实基础之上的。其中,转型期的特殊国情,犯罪形势严峻,是发动“严打”的最直接原因;特殊民情,民众报应情感强烈,是发动“严打”的群众基础;我党长期以来依靠政策治理国家的经验,是发动“严打”的组织条件。同时,本书还有对“严打”的理性思辨。当然,我更感兴趣的还是理性思辨。我理解,这里所谓对“严打”的理性思辨,就是指对“严打”的反思。在这种反思中,作者尤其批判了“严打”万能论。当然,“严打”万能论是汪明亮对某些关于“严打”的错误认识所戴的一顶“帽子”。我看这顶帽子不大不小刚刚好,分寸合适。在本书中,汪明亮列举了“严打”万能论的主要表现:包括对“严打”刑事政策寄予过高的希望,忽视了平时及时依法打击犯罪。当对“严打”的过高希望得不到满足时,又常常轻视“严打”,如此等等,不一而足。本书正确地指出了“严打”的局限性甚至消极性,这对那些视“严打”为对付犯罪的神丹妙药的“严打”信奉者来说,不啻是当头棒喝。正是这种对“严打”的理性态度,使本书获得了某种学术上的正确性。

二是对“严打”的多视角考察。“严打”虽然是我国在一定时期实行的刑事政策,但它并非是一种简单的策略。“严打”既包含了我国对于犯罪的一种对策,又包括了社会治理的某种策略。作为一个学术问题,“严打”更不能标签化、标语化。那样的话,对“严打”的理论分析就会显得肤浅,这也正是博士论文之大忌。我高兴地看到,汪明亮同志以“严打”为考察对象,采取了多视角的观照,将“严打”放在理论的聚光灯下,一个棱面一个棱面地打量,使我们获得对“严打”的全方面把握。因此,本书既有对“严打”的刑事政策的分析,又有对“严打”的刑法法理的分析,又有对“严打”的犯罪学分析,还有对“严打”的经济学分析,如此等等,对“严打”的分析之全面、之深入,是以往研究中所未曾有过的。这些年来,“严打”越来越成为刑法理论研究中的一个重要课题。例如2003年中国刑法学研究会会长沙召开的年会上,年会召集者指出:1983年至今,我国先后开展了三次“严打”专项斗争,“严打”整治的成效显著,但也存在着诸多问题。如何正确看

待、总结、反思“严打”所体现的刑事政策,正确看待“严打”的成绩与问题,总结经验,制定并实施更为科学的刑事政策,是当前我国刑法理论界和实务界共同关注的一项重大课题。本次研讨会将“1983年以来我国刑事法治与刑事政策的回顾与研究”作为议题之一,希望通过近20年国家刑事政策的发展变化进行理论总结,并进一步探讨如何实现国家刑事政策的科学化。^①其实,“严打”成为刑法学年会议题,长沙会议并非第一次。如果我没有记错的话,2001年的济南会议上,“严打”也是议题之一。从与会者提交的论文来看,作者都对“严打”作了较为深入的研究,从而推动了“严打”的理论研究,实际上也为汪明亮撰写博士论文奠定了基础。当然,关于“严打”的年会论文也存在不足,主要是理论视角较为狭窄,主要是从刑事政策角度对“严打”的分析。汪明亮同志对“严打”的研究,刑事政策当然是一个重要的视阈,但并未局囿于此,而是引入刑法学、犯罪学,甚至经济学等多个学科的理论视界,从而达到对“严打”的更加全面的把握,这是难能可贵的。因为如果没有对多学科方法论的掌握,以及多学科知识的积累,这种多学科探讨是不可能的。当然,由于是以多学科架构本书的,视角既多,广则广矣,深则难哉,这也是毋庸讳言的。

三是对“严打”的科学态度。这里的科学态度,主要是指研究态度。“严打”是一个十分世俗的、现实的问题,如果不从实践上把握,成为一种经验哲学式的研究,那么其结论的意义就会大打折扣。为此,汪明亮为本书的写作,在实际资料的收集上可谓煞费苦心。汪明亮告诉我,为实际掌握公众对“严打”的态度,他曾经精心设计了一份关于“严打”的问卷调查表,想在从北京回苏州探亲的火车上这一流动人群聚集之交通工具上进行这次问卷调查。这个想法虽有偷懒之嫌,但在火车上十几个小时之无聊时光做这么一件有益之事,也未尝不可,或许不失为一个好的创意。始料不及的是,问卷调查表刚刚发下去,就把列车上的列车员和乘警给招来了,以为发生了什么政治事件。待了解清楚原委后,列车员和乘警感到十分为难,这种事情可是

^① 参见赵秉志、张军主编:《中国刑法学年会文集(2003年度)》前言,中国人民公安大学出版社2003年版,第3页。

在火车上第一次发生,法律没有明文允许,一般是要禁止的。请示上级或可宽容,但在这奔驰的火车上,上哪儿去请示?独自做主又不敢。汪明亮见状,只好草草收场,这次问卷调查就在乘警的干预下流产了。这是一个具有戏剧性的插曲,说明我们的乘警“严打”这根弦是绷得很紧的。问卷调查的无疾而终,使我们不能在汪明亮的博士论文中看到这方面的资料,令人遗憾。当然,遗憾不仅仅在于此。在我国目前要想对“严打”作点实证研究还真有点难,刑事司法统计是不公开的,死刑数据更是国家机密。在这种情况下,对“严打”的分析就不可能建立在扎实的实证资料基础之上,这也在很大程度上影响了汪明亮博士论文的科学性。我想,如果刑事司法统计数据开放的话,汪明亮的论文会更有说服力的。因此,我只能说汪明亮的研究态度是科学的,至于研究结论的科学性则非其力所能及也。

汪明亮在进入北京大学法学院攻读博士学位之前,在苏州大学法学院任教,具有较为扎实的刑法理论基础。在北大学习的三年期间,学术功力见长,这要归功于他本人的努力,当然与北大法学院的学术环境也是分不开的。在这三年学习期间,我与汪明亮有一段师生之谊,学术交流也是时有的。当汪明亮为毕业以后的工作去向征询我的意见时,我还是鼓励他继续从事学术工作,因为他有这方面的兴趣与能力。现在,汪明亮落足于上海复旦大学法学院,我对他是有学术期许的。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2004年2月3日

作者简介

汪明亮 男，1969年生于安徽黟县，法学博士。1997年毕业于西北政法学院，获法学硕士学位，2003年毕业于北京大学法学院，获法学博士学位。现为复旦大学法学院教师。先后多次参加国家及省级社科课题研究。主要著作有：《刑法学》（副主编，法律出版社）、《经济犯罪学》（副主编，中国公安大学出版社）、《市场经济犯罪纵横论》（合著，北京大学出版社）、《严打刑事政策理论及适用》（合著，中国检察出版社）；在《北京大学学报》、《法学家》、《中外法学》、《法商研究》、《法学》、《刑事法评论》、《法制与社会发展》、《法制日报》等报刊发表学术论文四十余篇。

CONTENTS 目 录

引言 “严打”的现实基础	(1)
一、转型期的特殊国情:犯罪形势严峻	(1)
二、现实中的特殊民情:报应情感强烈	(6)
三、治国经验的特殊性:政策治国 色彩浓厚	(9)
第一章 “严打”的刑事政策考察	(13)
一、刑事政策制定原则及依据	(13)
(一) 刑事政策制定原则	(13)
(二) 刑事政策制定根据	(18)
二、世界刑事政策发展趋势	(20)
(一) “轻轻”刑事政策	(20)
(二) “重重”刑事政策	(23)
三、国外及港澳台“重重”刑事政策	(23)
(一) 国外及港澳台“重重”刑事 政策简述	(23)
(二) 国外及港澳台“重重”刑事 政策特点	(29)
四、“严打”:我国的“重重”刑事政策	(32)
(一) “严打”的内涵和外延	(32)
(二) 历次“严打”概况	(34)
(三) “严打”的嬗变与发展	(41)
五、“严打”评价:刑事政策视角	(42)
(一) 科学性不够	(42)

CONTENTS 目 录

(二) 法治化不足	(44)
六、“严打”发展:建立科学的“严打”刑事政策发动体系	(45)
(一) 构建“严打”指标分析体系	(45)
(二) 追求法治,保护人权	(50)
七、结论	(54)
第二章 “严打”的犯罪学解读	(55)
一、手段的困惑与困惑的手段	(55)
二、“严打”不是最佳预防犯罪手段:犯罪的多因性使然	(59)
(一) 犯罪行为的理想类型	(60)
(二) “严打”不是最佳预防犯罪手段:目的取向型犯罪原因探寻	(62)
(三) “严打”不是最佳预防犯罪手段:转型期特殊犯罪原因探寻	(69)
(四) “严打”不是最佳预防犯罪手段:个案分析视角	(73)
三、“严打”是不可或缺的预防犯罪手段:犯罪的饱和性使然	(81)
(一) 非利犯罪饱和法则及其启示	(81)
(二) 犯罪生成模式:犯罪“化学”反应方程式	(83)

CONTENTS 目 录

(三) 犯罪饱和性生成模式:双重 容忍度	(86)
(四) “严打”:把犯罪率控制在饱和 状态内的不可或缺手段	(89)
四、理性选择:修正“严打”	(94)
(一) 时间要件:“严打”只能在当犯罪率已达 最高犯罪率水平线,公众、政府 忍无可忍时发动	(94)
(二) 目的要件:“严打”的目的是欲把犯罪率 压到最高犯罪率水平线以下	(99)
(三) 行为要件:“严打”只能是政府在法治范围 内,以最大限度地调动司法资源方式, 打击犯罪	(101)
五、结论	(102)
第三章 “严打”的经济学分析	(103)
一、问题的提出	(103)
二、理论基础	(105)
(一) 主体假设:理性人(经济人)	(105)
(二) 分析模式:“成本—效益”	(106)
(三) 目标认定:个人利益最大化	(106)
(四) 分析工具:边际主义	(107)
三、“严打”刑事政策的效益—成本分析: 实然视角	(107)

CONTENTS 目 录

(一) 提出命题	(109)
(二) “严打”成本分析	(109)
(三) “严打”效益分析	(115)
(四) “严打”效益成本比较及结论	(122)
四、“严打”目标设定:“严打”效益最大化前提	(125)
五、“严打”成本度:“严打”效益最大化保证	(128)
六、“严打”成本的最优配置:“严打”效益(目标)最大化实现	(133)
(一) 犯罪决策的经济分析	(133)
(二) “严打”刑罚适用成本的最优配置	(149)
(三) 降低“严打”机会成本:抑制犯罪决策	(156)
七、结论	(158)

第四章 “严打”的刑事法思考	(160)
一、刑事法价值:纠缠于公正与功利之间	(160)
(一) 刑事法公正价值诠释	(161)
(二) 刑事法功利价值诠释	(166)
(三) 公正与功利的关系	(169)
二、“从重”的刑事法价值分析	(174)
(一) “从重”功利价值	(174)

CONTENTS 目 录

(二) “从重”公正价值与负面公正价值	(177)
(三) 小结	(183)
三、“从快”的刑事法价值分析	(183)
(一) “从快”功利价值与负面功利价值	(183)
(二) “从快”公正价值与负面公正价值	(188)
(三) 小结	(193)
四、结论	(193)
结语 “严打”的理性思辨	(195)
一、“严打”万能论的错误及其局限性	(196)
(一) “严打”万能论的表现及其对实现法治 的负面影响	(196)
(二) 正确认识“严打”的局限性	(199)
二、“严打”可能带来的负面效应	(200)
(一) 在行动上,“严打”可能导致严刑峻罚	(200)
(二) 在观念上,“严打”可能导致认识误区	(203)
三、“严打”的理性定位:赋予“严打”以 新内涵	(205)
参考书目	(208)
后记	(213)

引言 “严打”的现实基础

与其他许多具有中国特色的事物一样,“严打”也有其存在的现实基础。

——笔者

“严打”作为一项对付犯罪的策略,之所以长期被中国执政党青睐和推崇,是有其存在的现实基础的。一定时期的国情、民情、党情等相关因素,构成了“严打”发动的现实条件。

一、转型期的特殊国情:犯罪形势严峻

社会转型指的是社会从一种经济形态转向另一种社会经济形态,本文指的是我国从计划经济向市场经济的转变。“在这种巨变中,中国的社会结构也将得到根本性的改造。”^①“先发展国家的市场经济是原生的,其现代化也是原发型的,这种社会转变是一种相对缓慢的社会变化过程。而后发展国家的现代化则是追赶型的,在其体制转轨时期是一种急速的社会变化过程。在这种急速的社会变化过程中出现的问题往往可能迅速地集中和放大,因而蕴涵着巨大的风险……”^②在这种急速的社会变化过程中出现的“问题”往往就成了黑社会等严重犯罪发生的重要原因,巨大的风险就包括“黑社会等严重犯罪”。

带来问题之一:人口流动加剧,城市化进程加快。社会转型使我国的城市化进程加快,一方面表现为更多城市的崛起,另一方面表现

① 陈晏清主编:《当代中国社会转型论》,山西教育出版社1998年版,第1页。

② 杨桂华著:《转型社会控制论》,山西教育出版社1998年版,第2页。作者这里所说的先发展国家指的是西方主要资本主义国家,它们有着漫长的市场经济的发展过程;后发展国家指的是正朝市场经济发展的发展中国家。

为越来越多的人口流入城市(主要是农村人口流入到大城市)。人口的急剧流动,在某种意义上导致了约束人们行为的社会关系解体。^①在人口流动不太频繁的时期,人民通常生活在家庭、学校、邻里的群体之中,以亲属、朋友、邻里等关系为内容的非正式的社会关系对于约束人民的行为的作用很大,地区性的集体发挥着社会监督的功能。而人口的加剧流动则使这种非正式的社会关系解体,使集体作为非正式社会监督单位的作用显著下降,传统集体的习俗规范和理想受到削弱,并逐渐消失。在这种情况下,“家庭生活变得黯淡,一些主要的社会关系显得软弱无力。”^②

我们认为,约束人们行为的社会关系解体,主要体现在以下几方面:其一,控制人们追求欲望的最原始的社会关系削弱。人都是理性的、经济的。从此观点出发,对欲望的追求是人性的本质。然而人又是社会的,在追求欲望的同时,又必须把追求欲望的手段控制在社会容忍的限度内。规制人们追求欲望的社会手段非常多,道德的、亲情的、友情的、邻里的关系便是最原始、最基本的手段。随着人口加速流动,这些最原始的社会关系日趋削弱,这就在一定程度上纵容了一些为追求欲望而实施的非理性手段的产生。其二,人们的自制能力削弱。自制能力指的是理性人在追求欲望的时候,同时受到社会性的影响,尽量把追求欲望的方式(手段)限制在合法、合乎道德的范围之内。随着人口流动的加剧,影响流动人口自制力的社会关系日趋削弱,如远离家人、单位的流动人员,面对陌生的“城市”,都是一张张不熟悉的面孔,在这种情况下,一旦失去自制力,流动人口便可能打开犯罪的阀门,变得一发不可收拾。

带来问题之二:社会失范状态突出。社会失范,指的是社会的反常、无规范状态。“无规范理论”来源于法国的著名社会学家涂尔干

① 对此种现象,西方学者提出了社会解体论(Social Disorganization Theory),一般把社会解理解解为“是指社会结构的崩溃减弱了社会成员遵守既存社会行为规范的意欲,反社会情绪充分发展,社会成员对社会规范的共同感受基本消除的社会现象。”(参见麻国安著:《中国的人口流动与犯罪》,中国方正出版社 2000 年版,第 123 页。)

② Frank P. Williams III, Marilyn D. McShane, criminology theory, Selected Classic Readings”, p. 34.