



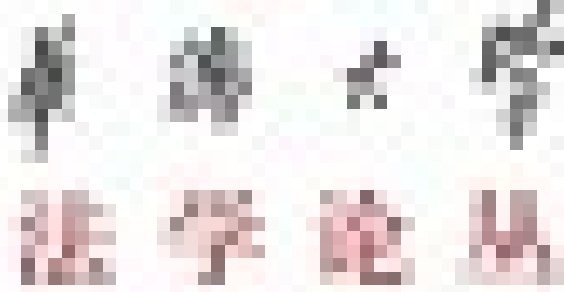
第2卷
2009. Vol. 2

華僑大學 法學論叢

王敏远 主编



知识产权出版社



团结 合作



中国人民政治协商会议

团结 合作

华侨大学法学论丛

2009 年第 2 卷

王敏远 主编

知识产权出版社

内容提要

全书共分6个专题,每个专题部分针对近年来法学理论和司法实践中面临的疑难问题而展开理论探讨。例如,宽严相济刑事政策的若干问题、职业化导向的法律教育、论设置刑事程序法律后果的原则和浅谈华人权益保障的制度建构等问题,其中不乏有真知灼见,借此,以飨读者。

责任编辑:龚卫

责任校对:韩秀天

装帧设计:开元图文

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

华侨大学法学论丛/王敏远主编. —北京:知识产权出版社, 2009. 11

ISBN 978-7-80247-643-1

I. 华… II. 王… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第213189号

华侨大学法学论丛 (2009年第2卷)

Huaqiaodaxue Faxue Luncong

王敏远 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

邮编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

传 真: 010-82005070/82000893

责编电话: 010-82000860 转 8120

责编邮箱: gongwei@cnipr.com

印 刷: 北京凯达印务有限公司

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 16.5

版 次: 2009年11月第1版

印 次: 2009年11月第1次印刷

字 数: 350千字

定 价: 36.00元

ISBN 978-7-80247-643-1/D·899 (2762)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

华侨大学法学院简介

华侨大学法律系成立于1985年，2003年9月改名为法学院。现有法学一个本科专业，有经济法、民商法、国际法、刑法四个专业硕士点和法律硕士学位点。法律系首任主任为我国著名侨务活动家、知名法学家、前任华侨大学校长庄善裕教授。现任法学院院长是我国著名的诉讼法专家、中国法学会刑事訴訟法研究会副会长、中国社会科学院法学研究所博士生导师王敏远教授。

华侨大学法学院是福建省重要的法律人才培养基地。截至2009年3月，法学院学生总数1488人，其中校本部本科生947人、统招研究生238人、澳门专科生、本科生和研究生303人。现有专职教师45人，其中教授5人、副教授16人、讲师24人；已经获得博士学位和即将获得博士学位24人。

近年来，学院先后聘请周国均、沈国明、王立民、马俊驹、郑胜利、崔勤之、刘作翔、童之伟、李希慧、米健、肖永平、刘根菊、孙育玮、于善旭、刘俊海、王政勋、王先林、陈世荣、杨寅、林亚刚、许发民、许崇德、何勤华、胡鸿高、沈仲平、王世洲、李林等知名教授担任法学院的兼职教授。同时，为了更好地开展法律硕士教育，提高职业能力教育质量，学院推行法律硕士双导师制度，先后聘请了福建省高级人民法院副院长周瑞春先生、福建省人民检察院副检察长李明蓉女士、泉州市中级人民法院院长黄勇民先生、泉州市人民检察院检察长李建先生等省内实务界知名专家担任法学院的兼职教授。

法学院座落在洪祖杭大楼，有专用房68间，其中大、小模拟法庭各1个，多媒体教室15间，案例制作室、物证室、技术分析室、刑侦室和计算机室等各1间；教授、副教授、博士教研人员有独立的办公间，其他教师两人1间，各教研单位用房各1间。法学院教学仪器设备齐全。法学图书分馆面积302平方米，馆藏法学文献资料比较丰富，其中包括美国加利福尼亚州法院的历年判例全集和美国联邦最高法院的历年判例全集。

法学院以育人为本位，以学生党建为龙头，以学风建设为核心，以“法学院学生素质教育培养规划”为载体，努力构建有法学专业特色的学生工作体系，并获得“校学生工作先进院系”的称号。法学院坚持培养应用型、复合型法学人才，秉承为侨服务、面向海外的办学指导思想。法学专业学分制改革方案在2004级本科生中开始试点，推行学生自由选择任课教师的教学制度，实施多媒体教学、案

例教学、模拟法庭、现场开庭、专题辩论、法学论坛等多样性的教学方法；构建教考分离及与国家司法考试和公务员考试相适应的考试制度。研究生教育规模不断扩大。学院一直倡导为侨服务，为港澳台服务的教育理念，目前在读境外生占学生总数近10%。截至目前，法学院已为澳门培养法律人才1049人。

目前法学院设有中美体育法研究所、知识产权研究中心、侨务法研究所，形成以经济法、民商法、国际法、刑法、法理、诉讼法为重点，以侨务法、体育法、知识产权法为突破点和特色的学术研究群体。2007年6月21日，学院又迎来新的发展机遇：华侨大学与国家级法学研究机构——中国社会科学院法学研究所决定实行所、校战略合作，学科共建。这种所、校战略合作的新模式，是一种体制、机制和模式的创新，将有利于充分发挥双方在科研教学方面各自的优势和条件，实现优势互补，共同发展。中国社会科学院法学研究所将运用自身的科研力量和学术资源，指导和帮助华大法学院设计、论证和申报课题活动，为促进华侨大学法学院法学学科的建设与发展，并指派我国著名的诉讼法专家、博士生导师王敏远教授全职担任法学院院长。社科院法学所的图书馆为华大法学院师生提供免费查阅服务等。今后，法学院将以中国社会科学院法学所为依托，联合在内地、港澳与国外开办有关培训班与研讨班，积极申报诉讼法学、宪法学与行政法学、法理学三个硕士学位点，并同时申报法学一级学科硕士学位点，积极筹备申报经济法专业博士学位点。

华侨大学法学院网站地址：<http://law.hqu.edu.cn/>

目前法学院主办有学术出版物：《华侨大学法学论丛》

投稿邮箱：Lawrev@hqu.edu.cn

法学院联系电话：0595—22693653

法学院电子信箱：flx@hqu.edu.cn

《华侨大学法学论丛》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

于善旭 马俊驹 王世洲 王立民 王先林 王政勋
庄善裕 刘作翔 刘俊海 刘根菊 孙育玮 关今华
米 健 许发民 孙宪忠 李 林 李希慧 杨 寅
肖永平 张广兴 陈世荣 陈泽宪 陈祥健 陈 甦
沈国明 林亚刚 周国均 郑胜利 黄磊康 崔勤之
梁慧星 童之伟

编辑委员会

王敏远 戴仲川 张德瑞 翁文旋

主 编：王敏远

执行主编：张德瑞

编 辑

黄温泉 (法理、法律史、宪法、行政法)

周 勤 (民法、商法、经济法)

吴情树 (刑法、犯罪学、刑事政策学)

陈慰星 (民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法)

骆旭旭 (国际公法、国际私法、国际经济法)

编辑寄语：相聚在春的绿意中

“燕草如碧丝，秦桑低绿枝。”我们终于迎来了《华侨大学法学论丛》第二卷的刊发。这个春天的新刊之约我们等待了三年。所以，我们首先应当向第一卷之后陆续投稿的撰稿人以及一直关心本论丛这一株春苗成长的学界同仁深深地鞠上一躬，满怀我们真诚的谢意和歉意。

又是在新春满帘触绿之时，我们选择绿意相随：马克昌老先生老树新枝，宝刀不老，为我们惠赠宽严相济的刑事政策的扛鼎大作，其深厚的学术底蕴更添文华新绿；我们还特辑了贺卫方教授和福建省法学会刑法专业委员会2008年年会专题研讨，延续了上辑法学论坛讲座特稿和体育法国际研讨会的做法，希望藉此打造论丛更具学院个性的辑刊特色，以这一抹新绿跻身国内法学院刊物所汇聚的满园春色中；将数位教授的大作与诸多学术新人佳作并列，既是对学术同道不论资排辈而唯稿件质量选登的办刊理念的贯彻，也是寄望于给读者研读更具形式平等的视觉感受，更希望每一丝动人的阅读情怀，都是因各篇红花绿叶一体勾勒的，更让《华侨大学法学论丛》的学术绿意就此勃发。

又是在早春希望勃发之际，我们更冀望我们这个学术平台，能够对中国法学乃至法治进程有所裨益，所以我们重视刊中每一篇文字可能的对于中国法治的描述，我们看重作者字里行间对于本土司法改良的智识和决心，我们更珍视著者笔端和读者视线对于尚远未臻完善的法律制度不变的信心坚守。

这是一份并不算厚重的刊物。但我们深知，刊物能够最终春种秋收，绝对不在于我们的辑刊技巧以及审稿视野，而更在于投稿人鼎力学术的不懈努力和迭送佳作的殷殷之意以及可能的来自于更多读者真诚的针砭刊弊和商榷雅言。

还是敬待您开卷！

《华侨大学法学论丛》编委会

2009年3月7日于华侨大学法学院

目 录

编辑寄语：相聚在春的绿意中 编委会（1）

专题研讨

宽严相济刑事政策的若干问题 马克昌（1）
正确理解宽严相济刑事司法政策 吕理真（13）
关于宽严相济刑事政策的司法适用 陈晓明（19）
观念变革：实现宽严相济刑事政策的重要保障 郑金火（33）
宽严相济刑事政策与假释制度 刘芳（38）
对贯彻宽严相济刑事政策司法适用中如何履行审查逮捕职能问题的思考 庄华民（44）

华园论坛

职业化导向的法律教育 贺卫方（50）

各科专论

“宪政”与“民主”的时效性、背离性和场域性 褚宸舸（67）
毛泽东与新中国第一部宪法的制定与实施 张德瑞（77）
“小叙事”何以获取 汪滨元（86）
——《送法下乡》与《论私力救济》个案研究之比较
上访潮背后的深层原因解读 李志华（95）
浅析替代责任之理论基础 吴祥江（102）
配偶继承法律问题探讨 张剑芸（109）
——以继承顺序和应继份为中心
晚清《公司律》运行中的潜规则：“官利”现象研究 江眺（117）
禁毒国际公约及其对我国《刑法》的启示 张洪成（124）
期待可能性的体系定位与刑法适用 陈伟（133）
论设置刑事程序法律后果的原则 王敏远（142）
法院调解制度中的行为法律经济学分析 任方真（150）
论民事诉讼中的抵销 胡建军（158）

略论 NGOs 作为 WTO “法庭之友”的若干问题 苏秋斌 (166)
WTO《反倾销协议》改革：从竞争维度的思考 王 超 (174)

侨务研究

浅谈华人权益保障的制度构建 林铭蔚 郭劲松 (181)
高等院校华侨学生法律纠纷及其解决机制构建 林占发 黄 福 丁灿辉 (189)
——以华侨大学侨生为考察样本
“五缘”纠纷解决技术在福建涉台经贸纠纷的适用机理
及其应用 陈慰星 王 兰 (202)

域外视野

英国强制执行制度改革述评 齐树洁 (209)
美国司法制度中的检察官、律师、法官 王志亮 (224)

会议综述

福建省法学会刑法学专业委员会 2008 年年会研究综述 吴情树 (243)
《华侨大学法学论丛》2010 年第 3 卷稿约 编委会 (252)
编者后记 编委会 (254)

宽严相济刑事政策的若干问题*

马克昌**

目 次

- 一、宽严相济刑事政策的提出
- 二、宽严相济刑事政策的历史渊源与形成
- 三、宽严相济刑事政策的定位
- 四、宽严相济刑事政策的内容
- 五、宽严相济刑事政策的运用

这个问题在提出来以后还是引起了很多争议，有许多问题看法并不一致，我在这里讲下准备的时间是按3个小时准备的，但是现在时间不允许，我大概讲到10点半左右，尽量把重要的内容给大家讲一下，特别是在基本理论上让大家有一个深刻的认识。

一、宽严相济刑事政策的提出

为什么在现阶段我们提出宽严相济的刑事政策？根据我的分析主要是有几点

理由。

（一）构建社会主义和谐社会的需要

这个问题我来作一些分析，从两点来解释。

1. 构建和谐社会是中华民族数千年的理想

这是从我们中华文化上找到的根据，在我们中国古代很早就已经提出构建和谐社会的理想，当时叫做大同，就是世界大同。在中国的《礼记》“礼运”篇上有这样一段话：“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦，故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜、寡、孤、独、废、疾者有所养。”这就是理论上讲的大同世界，大家可以看到它是多么和谐。这里面首先讲的是天下为公，不是为私。选贤与能，就是选拔贤人举荐有能力的人，这不是讲关系而是讲才能。讲信修睦，要讲信用、和睦，不独亲其亲，不能光对自己的亲人亲，不能光把自己的儿子当做儿子，要普

* 本文系我国著名的刑法学家马克昌教授在北京师范大学刑事法律科学研究院、法学院联合主办的“刑法重大热点、疑难问题高级研修班”上演讲的录音整理稿。经北京师范大学刑事法律科学研究院的同意，并经马克昌教授本人的审阅修改，特转载刊登于此。衷心感谢马克昌先生的赐稿！同时也要感谢北京师范大学刑事法律科学研究院工作人员的辛苦工作！——编者注。

** 作者系武汉大学法学院资深教授、博士生导师、中国法学会刑法学研究会名誉会长。

遍看待。使老有所终，壮有所用，幼有所长，这个大家都懂。矜，即鳏，是没有妻子的男人，寡是失去丈夫的女人，孤是没有父母的孩子，独是没有儿女的老人，这些处于弱势的人都能得到扶养、赡养。大家可以想象，这样的社会，是多么理想的社会，是多么和谐相处的社会。这是古代给我们提出的要求，这是中华文化。所以，现在我们可以想到党中央提出的和谐社会不是偶然提出来的，而是根据中华深厚的文化根基提出来的。

2. 构建和谐社会是当前我国社会发展的需要

古代的理想固然是文化的根基，但是如果现实社会没有这个条件也不可能提出来。比如说像解放初期阶级斗争那么激烈，当时就是斗争哲学，根本谈不到和谐。现在的情况不同了，经过我们经济体制改革，由计划经济改成市场经济，我们的国力得到了发展，人们的生活大大得到改善，在这种情况下是共同齐心协力建设社会主义。在这种情况下就不能按照过去阶级斗争的方式来提了，所以我们国家应当在理念上有根本变化，由斗争哲学改成和谐哲学。在这种情况下，我们要建设的应当是和谐社会，建设和谐社会大家和谐相处，在刑事政策上也就要改变。如果说过去我们强调的是镇压，解放初期是镇压与宽大相结合，这个改变的进程我也会给大家介绍。在这种情况下形势发生了变化了，政策也要发生变化，要适应构建和谐社会的需要，适应社会发展的需要，所以党中央提出要宽严相济的政策。宽严相济是在构建和谐社会政策需要的情况下提出来的，所以它必然也要为构建和谐社会服务，这样让我们了解它为什么要提出来。

这里我引了胡锦涛总书记提出来的什么叫和谐社会，就是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处。在这种要求下，我们的政策当然要改变，才能为构建和谐社会服务。

(二) 对严打刑事政策的理性反思

大家知道在1983年中央提出严打，当时社会形势非常严峻，出现了上海滨江路事件还有广州的事件，就是犯罪分子光天化日之下猖狂的进行犯罪活动，针对这种情况当时提出了严打的刑事政策。严打从1983年9月2日开始，在这种情况下大规模的严打斗争使1984年的犯罪率有所下降。但是严打有许多做法现在看来是不符合政策的，比如说在河南就曾经把一个未满18周岁的罪犯执行了死刑，这是违法的。有时候只讲严，宽的一面就忽视了。尽管1984年犯罪率有所下降，但是从1985年开始犯罪率又逐步上升。所以直到现在一直是居高不下，形势依然是严峻的。

我查了最高人民法院的工作报告，1990年的案件跟1985年相比，1985年刑事案件大约是34万多件，可1990年是70多万件，那就是刑事犯罪并没有减少。严打尽管在1984年起了作用，但犯罪率一直居高不下，犯罪的数字还是很高的；后来到了2005年，问题仍没有得到很好解决，在这种情况下就不能不反思。中央领导考虑到光严打不是办法，要考虑到有宽有严，所以2004年就提出了宽严相济，但不是作为政策提出来的。2005年就明确提出了宽严相济政策，这就是形势发生了变化，政策也要发生变化，光靠严打不能解决问题，还是要靠宽严相济调节一下。该严的要严，该宽的要宽，这样处理

案件才能恰当其所。正是因为这样，才提出宽严相济的刑事政策。

(三) 与国外“两极化”刑事政策相协调

在这些年来，国外在刑事政策上明确提出来重重轻轻的刑事政策。所谓的双重轻轻就是对严重犯罪要严厉惩处，甚至要更重的处理，轻轻是对轻的犯罪要从轻处理，甚至可以处理的更轻。重重是将有些危害行为规定为犯罪进行打击，这个叫犯罪化；再一个是刑法加重处罚，有一些犯罪过去量刑不够重，要加重；再一个是在监狱里面要加重管理，这是对重的犯罪。对轻的危害行为能不作为犯罪处理的就不作为犯罪处理，在刑罚上能不用刑的就不用刑，在监狱的管理上是非机构化，就是要判刑的能不关到监狱的，尽量不要关到监狱。这是近年来国外实行的政策，包括我们国家的台湾地区，2005年修改了台湾“刑法”，它的指导思想就是重重轻轻的刑事政策，或者叫两极化的刑事政策。所以我们不能光重，人家重重轻轻我们应当有宽有严，这样的刑事政策才能够相协调。所以我们也明确提出来采用宽严相济的刑事政策，这和国际上也可以相协调。这就是为什么我们提出宽严相济的政策，这是我的理解。当然中央没有说为什么提出来，这是从理论上我们做这样的理解。这样让大家知道这个政策提出来不是随便提出的，而是有它深厚的历史根源和现实根据，而且和国际形势相协调。

二、宽严相济刑事政策的历史渊源与形成

(一) 宽严相济刑事政策的历史渊源 宽严相济的刑事政策在中国也有深厚

的中华文化的根基。我国最早的《尚书·吕刑》有这样一段话，“轻重出罚有权，刑罚世轻世重。”这是什么意思呢？就是说刑罚的轻重可以根据情况灵活掌握，该重的要重，该轻的要轻，刑罚根据社会情况的不同或轻或重，不是一成不变的。要根据情况掌握，这种刑事政策思想，在中国古代就已经有了。再一个是《周礼·秋官·大司寇》说到：“一曰刑新国用轻典，二曰刑平国用中典，三曰刑乱国用重典”，这是对刑罚轻重做的具体解释。这里给大家解释一下，一曰刑新国不是刑罚的刑，是当治理讲的。治理一个新的国家还没有对他进行教育的时候，应当用轻典不能用重典的。在治理一个平常国家的时候，应当用中典，就是不轻不重比较适宜的。在治理一个混乱国家的时候应当用重典，因为国家混乱用平常的典不能得到治理，在这种情况下就应当用重典加以治理。这就看出来根据国家形势、情况的不同，刑罚的轻重也不一样，不能一味的重，也不能一味的轻。更明确提出来宽严相济，是《左传·昭公·二十年》里说的。当时郑国有个政治家叫子产，他对他的接班人说，治理国家用宽服民只有有德的人才能做到，因为老百姓也容易忽视法律，不会完全遵守法律，所以治理国家要用猛的政策，用猛的政策有可能会伤害老百姓，所以这种情况下又要加以纠正。但是他的接班人没有完全按照他的意见来做，采取了宽的政策，结果老百姓不少人起来当盗贼，忽视了法律。以后就聚集了很多的盗贼，他只好率领官兵把盗贼都杀了，然后再进一步采取宽缓政策。孔子对这种做法非常赞赏，他说：“善哉，政宽则民慢，慢则纠之以猛，猛则民残，残则施之以

宽，宽以济猛，猛以济宽，政是以和。”这个是说，宽了，老百姓不把法律放在眼里，老百姓对法律不能遵守，干一些违法的事，你就用一些猛的办法来处理他，加以惩罚。用猛的刑罚来制裁的时候，老百姓就会受到伤害，受到伤害以后再用宽的办法来安抚。这样用宽的办法来调节猛，用猛的办法来调节宽，国家的政治才能得到和谐。

实际上这里所说的宽就是我们现在所说的宽，所说的猛就是我们现在所说的严。他是说的国家政治之事，当然这里面也包含用刑。我们这里说的宽严相济只是说刑法，不是政事的，但内容是一样的。就是不能宽，也不能严，要互相调剂，宽严相济要互相调剂、配合，这样刑法才能够得到很好的使用。这就是我国历史上宽严相济法律文化上的根据。

当然我在做一个报告之后，专门写了一下中国古代关于这方面的论述，在晋朝有这方面的言论，唐朝、明朝、清朝都有这方面的言论。可以看出，中国古代宽严相济是优良的文化传统，这一点我们应当重视。可以看出来，中央提出来宽严相济也是有历史上法律文化的根基。

（二）宽严相济刑事政策的形成

宽严相济刑事政策的形成，最早中央提出来叫做镇压与宽大两个政策，然后发展到镇压与宽大相结合，再到惩办与宽大相结合，再到宽严相济，它的脉络就是这样发展起来的。

为了给大家说清楚，我简单地介绍一下。先说镇压与宽大两个政策，中央最早提出来是镇压与宽大两个政策。在1940年12月25日，毛主席为中共中央写了一篇文章叫做《论政策》，明确提出，应该

坚决镇压那些坚决的汉奸分子、坚决的反共分子，非此不足以保卫抗日的成果，但是绝不可多杀人，对反动派中的动摇分子和胁从分子应有宽大政策。他这里说了两个政策，对坚决的汉奸分子、坚决的反共分子是坚决的镇压政策，对动摇分子、胁从分子是宽大政策，这是明显的两个政策。到1942年4月6日，由于部分同志对政策理解有偏差，只强调了宽大，没有强调镇压，所以中央发了一个文件叫做《中共中央关于宽大政策的解释》。宽大政策的解释有这样几句话，这里提出了镇压与宽大两个政策，并非片面的只有一个政策。提出的镇压与宽大两个政策是完全正确的，必须坚决执行。它明确提出来是两个政策，而不是一个政策，就要求我们两个政策必须执行。所以又说，各地有些同志做片面的了解是错误的，应当纠正。在这里我们可以看到镇压与宽大两个政策，是我们最早提出来的，宽严相济刑事政策，最早可以追溯到镇压与宽大两个政策。

然后又提到镇压与宽大相结合。新中国成立以后，毛主席曾经做了一个报告《为争取国家财政经济状况的基本好转而斗争》，阐述了我们党在新中国成立以后的各种政策，其中提出了关于镇反的政策。毛主席是这样说的，“在这个问题上必须实行镇压与宽大相结合的政策，即首恶者必办，胁从者不问，立功者受奖的政策，不可偏废。”这里明确地提出来镇压与宽大相结合，从此不再提两个政策了，而是镇压与宽大相结合。这是第二个阶段。

第三就改成惩办与宽大相结合，这是到1956年我们党召开了第八次代表大会，

在本次大会上刘少奇同志做了政治报告。在政治报告中明确提出，我们对反革命或其他犯罪分子一贯实行惩办与宽大相结合的政策。这样明确有两个变化，一个提出来不只是对反革命了，是对反革命或其他犯罪分子，也涉及对其他的犯罪分子；还有一个提法是惩办与宽大相结合，而不是镇压与宽大相结合了。这样我们就知道了，我们的政策到这个时候改成惩办与宽大相结合，从1956年中共八大以后政策的提法就改了。这个政策是对一切犯罪适用的，不是只对反革命适用，所以这就成为我们的基本刑事政策。

当时公安部罗瑞卿部长在会上做的报告，说的就是我们肃反的基本情况和我们的一些方针。在这个报告里面，他进一步做了阐述，明确提出惩办与宽大相结合的政策，即首恶必办，胁从不问；坦白从宽，抗拒从严；立功折罪，立大功受奖。惩办与宽大密切结合，不可偏废。到1979年制定《刑法》，又把把这个政策写到《刑法》里面，我们的刑法是根据我们国家的经验、国家的具体情况以及惩办与宽大相结合的政策制定出来的，可以看出来惩办与宽大相结合是我们刑法立法的指导原则。

下一步发展，是到了2005年由于形势发生了变化，我们国家的社会治安状况尽管还是严峻的，但是考虑到治安不是光靠“严打”可以解决的，又考虑到建立和谐社会，所以中央就提出了宽严相济的刑事政策。

在2005年12月5日到6日的政法工作会议上，罗干同志做了报告。在报告中明确提出宽严相济的刑事政策。他是这样说的，宽严相济的刑事政策“指对刑事犯

罪区别对待，做到既要有力打击犯罪，维护法制的严肃性，又要尽可能减少社会对抗，化消极因素为积极因素，实现法律效果和社会效果的统一。宽严相济是我们在维护社会治安长期实践中形成的基本刑事政策，在和谐社会建设中这一政策更具现实意义。我们要立足于当前社会治安实践，审时度势用好这一刑事政策。贯彻宽严相济刑事政策，一方面，必须坚持“严打”方针不动摇，对严重刑事犯罪依法严厉打击，什么犯罪突出就重点打击什么犯罪，在稳、准、狠上和及时性上全面体现这一方针。另一方面，要充分重视依法从宽的一面，对轻微违法犯罪人员，对失足青少年要继续坚持教育、感化、挽救方针，有条件的要适当多判一些缓刑，积极稳妥地推进社区矫正工作。”这是党对这个政策的全面阐述。

后来在2006年4月11日《中共中央关于构建社会主义和谐社会的若干重大问题的决定》的第六部分提出“实施宽严相济的刑事司法政策”。这样就引起了一些不同的解读，宽严相济刑事政策是不是基本刑事政策？或者仅仅是刑事司法政策呢？大家理解就不一样。有些同志认为中共中央文件中提的是刑事司法政策，因此这个政策是刑事司法政策，这是一种解读。另外一些同志的解读，这个文件的提法是一回事，但是这个政策究竟是否只是刑事司法政策，不能光看文件怎么提，要看它的实际。更何况罗干同志明确提出来宽严相济刑事政策是基本刑事政策，因此应当还是按照基本刑事政策解读，这样就产生了一些分歧。以上是对它的历史渊源和形成给大家做的介绍，让大家了解它的来龙去脉。下面需要对宽严相济刑事政策

的定位谈谈应该怎么看。

三、宽严相济刑事政策的定位

下面我们再讲第三个问题，宽严相济刑事政策的定位，就是说我们究竟该怎么给它定位。这里我讲两个问题，第一个宽严相济刑事政策与“惩办与宽大相结合刑事政策”的关系。刚才我介绍了惩办与宽大相结合到宽严相济的政策，但是去年和前年大家对这个问题并不清楚，我看到一些文件上甚至还提出来，我们要实行惩办与宽大相结合刑事政策与宽严相济刑事政策，就是把惩办与宽大相结合与宽严相济相提并论。甚至《光明日报》在有关按语中提出，我们国家一贯实行惩办与宽大相结合的刑事政策和宽严相济的刑事政策，把这两个政策并提了，这是一个观点。另外就是把惩办与宽大相结合与宽严相济对立起来，说惩办与宽大相结合是过去的政策，宽严相济是现在的政策，它们提出的时候不一样，内容也不一样。惩办与宽大相结合重点在惩办，宽严相济刑事政策重点在宽，因此这是崭新的政策，是为构建和谐社会的。

究竟应当怎么看呢？我是这样看的：宽严相济刑事政策是对惩办与宽大相结合刑事政策的继承和发展。我在这里之所以这样说，是因为要把他们区别对待，该宽的要宽该严要严。在区别对待这一点上对严重犯罪要判重一些，对轻的犯罪要判轻一些，这是一样的。这些宽严相济刑事政策都继承下来了，因此你应当承认不能把它对立起来。但是也不能把宽严相济与惩办与宽大看做是一回事，宽严相济还是有发展的。发展在于强调了宽的那一面，这就是说我们不能一味的严，在当前的形势

下，在构建和谐社会的形势下，要从宽的方面考虑问题，这是从政策精神上有所不同。而且这两个政策提出的背景也不相同，惩办与宽大相结合是在解放初期，当时的犯罪还是很严重的，那时候强调的是要惩办，因此它把惩办放在前面。现在要构建和谐社会，如何使社会更和谐，当然也离不开严厉打击严重犯罪，但是能够消除那些不和谐因素的要努力消除，有利于社会和谐的因素我们要积极扶持，在这种情况下我们就强调能宽的要宽。正是这样的一个精神，所以我们说它跟过去是不一样的。正因为这样我们说它是惩办与宽大相结合政策的发展，在新形势下的发展。所以我们不能把它看作和惩办与宽大相结合是一回事，而且在现在这样的形势下提出了宽严相济的新政策，我们就不要再提惩办与宽大相结合，我们只应提宽严相济刑事政策。对这个问题我们应当这样理解才符合当前的要求。现在，这个观点也逐渐地得到了共识。这是要讲的第一个问题。

第二个问题，就是宽严相济是基本刑事政策还是仅仅是刑事司法政策？这个问题的争论在一段时间里还是比较大的，特别是我们检察院系统发了三个文件，其中有一个文件明确说了是《贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》。这就是说在他们看来宽严相济刑事政策就是一个刑事司法政策。我是这样看待的：宽严相济是刑事司法政策这个话并没有错，因为宽严相济当然要指导司法，在司法领域把宽严相济说成是刑事司法政策是可以的。但是应当看到如果把它定位为仅仅是刑事司法政策这是不够的，就降低了宽严相济刑事政策的地位。另外一部分同志，其中也包含

我，认为宽严相济是基本刑事政策。在这里你们怎么认识？为什么中央文件提的是刑事司法政策呢？我们的理解是这样的，中央的文件是就司法问题而言的，对青少年的司法制度以及对在量刑以后最好一部分人能够进入社区矫正，这些都是司法上的问题。因此在这里提出来刑事司法政策是针对司法而言的，因此这种提法并没有错。但它并没有全面论述刑事政策，全面论述刑事政策的是罗干同志，罗干同志当时是中央政治局的常委，又是政法书记，他代表中央管理政法工作的。他提出来说宽严相济刑事政策是基本刑事政策，也是代表了中央的意见，这是从政治角度上我们这样看。

另外，我们从理论上来看。刑事政策分好多种，一种是具体刑事政策，一种是基本刑事政策。具体刑事政策比如说死刑政策，我们的死刑政策过去把它概括为少杀慎杀，现在改成严格控制死刑，慎重使用死刑政策，这是我们的死刑政策。这个死刑政策是具体的，不是基本的。基本刑事政策不是对某一种犯罪适用，是对所有犯罪都适用，不仅是对司法适用，对立法、行刑都可以起指导作用。从刑事政策起作用的领域来看，刑事政策有立法政策、司法政策还有行刑政策。立法政策就是指导立法的，司法政策是指导司法的，行刑政策是指导行刑的。我们的宽严相济不是光指导司法的，它也可以指导立法，如果它不能指导立法，怎么在司法上适用？立法上如果没有规定某一种措施，它就没有办法使用，比如说立功是要从宽的，这个政策如果不规定，你怎么在司法政策上从宽？严重犯罪要判处死刑的，你想想判处他死刑，法律上如果不规定，怎

么严也不能判处死刑。因此宽严相济刑事政策首先是立法政策，只有在立法上规定了宽严的情况，才能在司法上指导它的宽和严，而且宽和严都要有根据，根据就是法律，所以它首先必须指导立法。

刚才我说的重重轻轻的刑事政策，在西方国家也是作为基本刑事政策看待的，是既指导立法，也指导司法，也指导行刑，所以我们的宽严相济也应该是基本刑事政策。刚才我说了惩办与宽大相结合是基本刑事政策，既然宽严相济刑事政策是惩办与宽大相结合刑事政策的继承和发展，当然也继承了它的基本刑事政策的定位。所以我们要把宽严相济定位成基本的刑事政策，这才符合中央的定位。这样我们用的时候才可以理解司法机关把它说成司法政策是没有错误的，但是不要把它仅仅看成刑事司法政策。这是我的看法。

四、宽严相济刑事政策的内容

对宽严相济刑事政策，罗干同志做了高度的概括，但是没有细分。在这里我做了理论的解释，这种解释可以供大家参考。

（一）该宽则宽

应当宽的就应当用比较轻微的刑罚，甚至于免除刑罚，用这种办法来对待。罗干同志在讲话中讲到，对一些未成年的罪犯要执行教育、感化、挽救的政策，就是要轻了。有些犯罪的处理，最好是能更多地推广社区矫正。另外有些轻罪，比如说立功、自首能不判刑的，就不判刑，能从轻的，就从轻，能免刑的，就免刑，这就是该宽则宽。如果不该宽，就不能宽，必须是要该宽的，才从宽。