



Shanghai Zhengfa Xueyuan Xueshu Wenku

上海政法学院学术文库

刑事法学丛书

刑事政策的 当代发展

卫磊·著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



上海市教委重点学科建设项目资助
上海政法学院学术文库 刑事法学丛书

刑事政策的 当代发展

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事政策的当代发展/卫磊著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 8

(上海政法学院学术文库. 刑事法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2131 - 7

I. ①刑… II. ①卫… III. ①刑事政策 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 160491 号

策划编辑 冯雨春

封面设计 李宁

刑事政策的当代发展

XINGSHI ZHENGCE DE DANGDAI FAZHAN

著者/卫磊

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2010 年 8 月第 1 版

印张/16.75 字数/232 千

2010 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2131 - 7

定价: 42.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

作者简介

卫磊,男,法学博士、华东政法大学刑法学博士后研究人员,上海市2007年首届“晨光计划”项目获得者。2003年起至今在上海政法学院从事刑法学教学科研工作。2008年、2009年被评为校“课堂教学示范岗”,学术方向侧重于刑事政策研究、规范刑法学研究。主持上海市哲学社会科学规划、上海市教委、上海市刑事司法教育高地等项目五项,参加国家哲学社会科学规划、司法部国家法治与法学理论研究、中国犯罪学学会等项目四项,发表核心论文十余篇,专著一部,参著三部。

“上海政法学院学术文库”

编 审 委 员 会

主 任:金国华

副主任:闫 立 倪正茂

秘书长:何平立

委 员:(以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 关保英

刘 强 汤啸天 杨 寅 何平立

吴益民 张森年 金国华 倪正茂

章友德

“上海政法学院学术文库”

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道:“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”,则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察来看,社会发展、科学昌明、思想进步,从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量,而科学研究水平则又体现了大学的办学水平和综合实力,是一所现代大学的重要标志。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念集中体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重充分发挥个性特色与自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,

探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿“上海政法学院学术文库”精神,薪火传承、代代相继!

上海政法学院院长 金国华

2006年9月10日于求实楼

说 明

“刑事法学丛书”是我院学术文库的一个重要种类,为了进一步丰富该丛书,我们将我院承担的上海市教委第五期刑法学重点学科建设项目的一部分成果列入丛书。

2009年9月,承蒙上海市教委的正确指导和资助,上海政法学院刑法学被批准为上海市教委第五期重点学科建设项目。立项后,上海政法学院领导给予了高度重视,从组织机构、人员配置、经费配套等方面进行了有力保障。项目组对该学科研究方向的发展进行了整体建设的规划,并得到了学院领导的认可和市教委的批准。为了提高刑法学重点学科建设的质量,我们把扩充、丰富“刑事法学丛书”的编纂作为一个重要抓手,本学科拟在建设期间出版学术专著9-10部。在选材上以犯罪学、监狱学、社区矫正等为主,在重视基础理论研究的同时,照顾到刑事司法工作实践中受社会关注的热点问题,通过“刑事法学丛书”的出版,为市教委第五期刑法学重点学科建设的整体推进,达到预期目标起到应有的作用。

上海政法学院

上海市教委第五期刑法学重点学科建设项目组

2010年3月

目 录

引言	1
第一章 刑事政策的基本范畴研究	3
第一节 刑事政策的历史渊源	3
第二节 刑事政策的概念与定位:穿行于刑法与公共政策之间	9
第三节 刑事政策在当代中国的内涵与体系	25
第二章 刑事政策的当代发展趋势	30
第一节 刑事政策的功能性发展趋势	30
第二节 刑事政策的社会发展趋势	44
第三节 刑事政策的内在发展趋势	55
第四节 刑事政策在当代中国的变革趋势	64
第三章 刑事政策当代发展的基本动力	70
第一节 刑事政策当代发展的基本动力之一:刑事政策的反思 认识	70
第二节 刑事政策当代发展的基本动力之二:依法治国	79
第三节 刑事政策当代发展的基本动力之三:刑事政策既往经 验的梳理	85
第四节 刑事政策当代发展的基本动力之四:全球化的呼应	99
第四章 刑事政策当代发展的路径选择	125
第一节 刑事政策当代发展的路径之一:刑事政策的刑法化	125
第二节 刑事政策当代发展的路径之二:刑法的刑事政策化	134
第三节 刑事政策当代发展的路径之三:刑事政策的司法化	151
第四节 刑事政策当代发展的路径之四:刑事政策的认同与参与	158
第五章 刑事政策当代发展的制度建设	168
第一节 刑事政策当代发展的立法制度建设	168
第二节 刑事政策当代发展的司法制度建设	174

第三节 刑事政策当代发展的社会制度建设	182
第六章 刑事政策当代发展的实践考察	189
第一节 刑事政策当代发展的实践理念	189
第二节 刑事政策当代发展的实践维度	195
第三节 刑事政策当代发展的具体实践	219
参考文献	238
后记	256

引言

“这是最好的时代,这是最坏的时代;这是智慧的时代,这是愚蠢的时代;这是信仰的时期,这是怀疑的时期;这是光明的季节,这是黑暗的季节;这是希望之春,这是失望之冬;人们面前有着各样事物,人们面前一无所有。”英国作家狄更斯在其名著《双城记》中的这段开篇之言常常被人们在不同的时期所引用,很奇怪的是,不同时期的人们在引用这段话的时候都觉得这句话非常适合自己所处的时代,甚至时代之间相差数百年。这常常令我迷惑,时代的发展在人们的感受中究竟怎样才是向前的、而不是停滞的甚至重复循环的?怎样的状况、怎样的事物出现才能够引发人们对时代发展的明显感受?由此我常常联想到刑事政策的发展何尝不是也处于这样的境地:人们可以从自身周边的某些变化感受到刑事政策的表现的确与以前不同了,而且也感受到的的确比以前要完善了许多,但是人们仍然常常觉得还称不上是发展进步;有很多人觉得以往许多习以为常的刑事政策现象似乎在今天看来有些不妥当了,以往许多看来不妥当的刑事政策现象似乎在今天看来正常了一些;许多行之多年的刑事政策做法在人们未走出国门前尚未觉得有何不妥,待走出国门后才发现别人都没有这么做,难免心里有所计较;当某些刑事案件被媒体报导后成为社会热点问题,学术界、实务界与社会公众的认识尖锐对立,令人感慨不已。许多哲人说过:用今天的眼光去看待昨天的人与事是不合理的,那么怎样用今天的眼光来看待今

天的人与事才是合理的? 刑事政策的当代发展,即是用今天的眼光来看待今天的刑事政策领域的人与事,那么怎样来看待这一发展呢? 曾经听到这么一种说法:一个国家如果民商事法律规则越发达,那么在相当程度上就表明这个国家的发展越好;如果刑事法律规则越发达,那么在相当程度上就表明这个国家的犯罪问题越突出、发展就不一定良好。暂时借用这个说法能否认为:一个国家的刑事政策越发展则证明这个国家的犯罪问题越突出或者治安问题越突出,甚至进一步认为刑事政策的发展对于一个国家的发展而言却非幸事。姑且不论这一说法是否经得起推敲,这一说法从侧面给我们一个提示:研判刑事政策的当代发展应当与一般社会现象的发展有所不同,刑事政策的发展应当更多地体现在内在品质的提升特别是在保障权利、防卫社会功能的提升方面,而不能看拉动多少 GDP;应当更多地向前看,与过去的时代相比有哪些发展;应当更多地关注本国的事物,而不能言必称英美德日,刑事政策的当代发展应当先是本国的然后才是世界的。

第一章 刑事政策的基本范畴研究

第一节 刑事政策的历史渊源

刑事是关于犯罪与刑罚的领域,人类关于犯罪与刑罚的思想可以追溯到很早的时期,我国最早的史书《尚书》称:“蚩夷猾夏,寇贼奸宄。汝作士,五刑有服,五服三就。五流有宅,五宅三居。惟明克允”,很明确地提出对犯罪要予以专门的刑罚予以惩治。但是长期以来,关于“刑”、“政”、“策”等表达却更多地与治国安民、齐政止争相关,而不是指专门的治理犯罪或者惩罚犯罪,我国历代统治者在对待刑事问题上往往是出于政治决策层面的考虑来进行选择。

从世界各文明体系的发展来看,都具有一个共同现象:即对于侵害人们利益的各种行为都本能地运用刑罚的方法予以反制,甚至许多时候这种侵害行为就其当时而言也是相当轻微。目前所知的世界上第一部比较完整的成文法典《汉谟拉比法典》其中规定:“任何一个人购买别人的儿子或者是奴隶,却没有见证人或者合约、白银或者黄金、男性或者女性的奴隶、公牛或者羊,如果他做出了这些举动,他将被当作扒手看待并处以死刑。”我国古代文献中也多处提到轻微的危害行为予以犯罪处理甚至重罚的事例,如《韩非子·内储说上》指出:“殷之法,弃灰于公道者,断其手。”针对此问题,子贡也曾询问自己的老师孔子,他问道:“弃灰之罪轻,断手之罚重,古人何太毅也?”孔子回答说:“知治之道也。夫弃灰于街必掩人,掩

人,人必怒,怒则斗,斗必三族相残也。此残三族之道也,虽刑之可也。且夫重罚者,人之所恶也;而无弃灰,人之所易也。使人行之所易,而无离所恶,此治之道也。”。沈家本在《历代刑法考》中则认为:“此法太重,恐失其实。”从孔子的回答可以看出中国古代智者尤其是儒家对于轻微危害行为的惩治乃至其他行为的惩治,并不是从单纯的犯罪认定及其处理的角度出发,而是将其放置于国家治理之道或者政治决策宏观维度来考虑。这成为了一种古代延续而来的惩罚合理性所在的常见模式,运用重刑并不是最主要的目的,其更多的考虑在于“道”或者“立规矩”。清代文学家方苞因文字狱被统治者关押在刑部大狱,看到监狱内行刑者的狡诈与残酷,他忍不住问一个狱中的老文书:“彼于刑者、缚者,非相仇也,期有得耳;果无有,终亦稍宽之,非仁术乎?”对方说:“是立法以警其余,且惩后也;不如此,则人有幸心。”意思是,“那些行刑的狱卒同受刑的、挨绑的并不是仇人,只不过是想从中得点好处;如果实在捞不到什么好处,稍微放宽一点,不也是做了善事吗?”老文书回答说:“这是立下规矩来警告其他人,也是惩戒后来的人。不这么办,大家就会产生侥幸心理。”〔1〕

中华的历史和文化在世界范围内具有举世闻名的位置和意义,被公认为是延续至今唯一没有中断的人类古老文明,中华法制文明的历史沿革亦非常清晰,无论是某一部法典,还是某一项制度,都有清楚的源流关系,形成了一个博大精深的完整系统。中国的法律文本和法律制度在世界范围内广受关注和推崇,例如被誉为中国封建法制最高峰的《唐律疏议》被公认为代表了当时人类法制文明的最先进水平。同时对中国古代法历来有说法认为属于“诸法合体、刑民不分”的体系,因而可以认为虽然我国古代法律思想中并没有提出现代意义上的“刑事政策”概念,但是有关刑事政策方面的观点、论断、著述却从来没有缺席,从一定意义上看,中国的古代法制发展就是刑事法制乃至刑事政策思想的发展。

中国早期刑事政策思想实际上已成为中国法制发展史中的重要组成部分,也是近代刑事政策思想的滥觞。虽然古代先贤们提出了相当丰富的有关犯罪与惩罚的思想,但当时刑事思想尚未从政治、道德与伦理中分离出

〔1〕 (清)方苞:《方望溪全集》,中国书店1991年版,第353页。

来,也没有形成自己的独立体系,更没有现代意义上的学科之分,因而也就没有刑事政策,尤其是现代意义上的刑事政策之说。现代意义上的刑事政策概念是完全的舶来品,是20世纪早期从西方国家移植而来,在中国广泛被接受更是晚在20世纪后半叶。但是,中国古代法律思想家很早即提出了近代刑事政策思想的主要脉络和基本观点。公元三世纪西晋的《新律》中规定:“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之,其正文名例所不及,皆不论”。也就是法律无明文规定的行为,不作为犯罪论处。公元六世纪隋朝建立以后,隋文帝下令:“诸曹决事,皆令其写律文断之”。至唐朝,著名的《唐律疏议》进一步规定:“诸断狱皆须具引律令格式正文,违者笞三十”。这可以说是中国封建时代引律断罪、罪刑律定的最简明的概括。在封建时代末期清王朝的代表性法典《大清律例》中,对唐律的上述规定作了新的补充:“凡(官司)断罪,皆须具引律例。违者(如不具引)笞三十。……其特旨断罪,临时处治不为定律者,不得引比为例。若辄引(比)致(断)罪有出入者,以故失论”。当然,中国古代引律断罪、罪刑律定的出发点是维护皇权的统一与威严,而不是作为一项原则性的法律制度、更加不是为了保障人权,虽然其提法较西方罪刑法定主义的提出早了十几个世纪,但是在封建专制制度下,带有罪刑法定色彩的某些规定是不可能得到完全贯彻。尽管如此,它毕竟是中国古代法制文明的最有价值的部分,赢得了世界的高度评价。日本著名的法制史学者仁井田升指出:“与欧洲近代刑法理论(罪刑法定主义)类似的观点,中国在一千多年前的三世纪就已原则地叙述过,而且还完善地体现到了法规之中”。〔1〕

中国早期刑事政策思想乃至近现代刑事政策思想的发展也已成为世界文明发展的重要组成部分。中国的法制史实际上也是文明发展史的一个重要组成部分,由于“刑民不分、诸法合体”的特点,早期刑事政策思想也混杂了许多诸子百家的伦理、道德思想,体现了文明发展的时代特点。汉以后历代封建王朝均提出礼主刑辅、礼刑互用。礼侧重于预防犯罪,所谓“礼者,禁于将然之前”。法侧重于惩罚犯罪,所谓“刑者,惩于已然之后”。以礼为主,

〔1〕〔日〕仁井田升:《唐律的通则性规定及其来源》,《日本学者研究中国史论著选译》(第八卷),中华书局1992年版,第102页。

以刑为辅,被看作是“治世之端”,而专任刑罚被视为“致乱之源”。这种重教化综合为治的思想,早在西汉时期成书的《礼记乐记》中便有明确的表示:“礼以导其志,乐以和其声,政以一其行,刑以防其奸。礼乐政刑,其极一也,所以同民心而出治道也”。只有贯彻礼主刑辅,综合为治,才能收到“暴民不作,诸侯宾服,兵革不试,五刑不用,百姓无患,天子不怒”的社会效果。它所体现的道德与法律的结合、伦理义务与法律义务的统一,产生了深远与广泛的影响,是中国古代法制文明的重要特征。

中国早期刑事政策的存在与发展在世界范围内来看,长期以来处于比较领先和完备的地位。但是随着中国古代社会发展的迟缓,使得包括刑法在内的法制的发展处于陈陈相因的状态。当西方已经发生资本主义革命,建立了近代的民主与法制,中国却依然在封建法制的藩篱内逡巡。这种落后状态至19世纪中叶以后,随着西方法文化的输入和各界有识之士的努力,才逐步发生改变,开始走上了法制近代化的道路。中国法律近代化的最主要的进程,是从1903年修订法律大臣沈家本领导修律与改革法制开始,迄至1911年清王朝覆灭,已经制订了《大清新刑律》、《民律》、《商律》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《法院编制法》等一系列新法。虽然大部分未及实施,但它标志着封建法律体系的解体和近代法律体系的建立,从而使得中国法律体系在形式上开始与世界主流法系接轨,其中有关刑事政策思想的变化和定型也在此其中逐渐明晰。虽然以中国法律近代化变法为背景的早期刑事政策调整没有取得根本的成功,但是这一次调整却使得传统的刑法观念开始了某种程度的更新,这种更新也是促使中国法制由传统向近代转型的思想动力之一。并且在世界范围内来看,早期刑事政策调整顺应世界文明进步潮流,顺应世界法制发展趋势,对封建刑事法制做了较大的变革,在许多方面对刑事政策思想发生了重大的影响。

以中国法律近代化变法为背景的早期刑事政策调整首先确立了由人治国向法治国转变的先声。在专制制度下的中国,是以人治为国家运作的关键,所谓人治,即是君治和君主操纵下的吏治,至于法律则被视为一种工具。唐朝魏征曾经比喻说:国家如同一匹马,皇帝是驾驭马匹的驭者,法律则是驭者手中的鞭策。这种传统的观念至19世纪末受到维新派的批判,严复首先反对“有治人无治法”,认为人治之下“昌世少而乱世多”;梁启超批评荀子

“有治人无治法一言”，“误尽天下，遂仗吾中华数千年，国为无法之国，民为无法之民”。他强调法治是“救时”、“存国”之“唯一主义”，亟应“立法以治天下”。^{〔1〕}在以中国法律近代化变法为背景的早期刑事政策调整中，开始建立独立的司法裁判体系，将司法权从行政权中分离出来，对有关犯罪和惩罚的认定予以专门化；删除大清律例中有关允许买卖人口、蓄养奴婢的法律，允许旗民交产等；改变了长期以来存在的“三纲五常”对法律的影响，废除了议叙制度。

以中国法律近代化变法为背景的早期刑事政策调整其次确立了由野蛮、不人道的体制向文明、人道的体制的转变。在世界各国法制发展进程中，一个共同的趋势是刑事法制逐步由野蛮的、不人道的状态逐步走向文明、人道的状态，我国这一转变发生了清末修律与法律近代化过程中，同时代表了刑事政策思想及其定型开始步入世界刑事法治发展的主流。以《大清新刑律》为例，《大清新刑律》是清末修律变法过程中修订的一部新刑法草案，是中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典。它抛弃了以往旧律“诸法合体”的编纂形式，以罪名和刑罚等专属刑法范畴的条文作为法典的惟一内容，成为一部纯粹的专门刑法典。在体例上抛弃了以往旧律的结构形式，采用近代西方刑法典体例，将整部法典分为总则和分则两部分。确立了新的刑罚制度，规定刑罚分为主刑和从刑两种：主刑包括死刑（仅绞刑一种）、无期徒刑、有期徒刑、拘留、罚金；从刑包括剥夺公权和没收财产两种。废除一些残酷刑罚手段，如删除了凌迟、枭首、戮尸、刺字等刑罚和连坐制度。采用了一些近代西方资产阶级的刑法原则和近代刑法学的通用术语，如采用了罪刑法定主义原则，删除了旧律中的比附制度；采用了近代法律面前人人平等原则，取消了“八议”等封建等级特权制度；采用了西方资产阶级国家中通用的缓刑、假释、正当防卫等制度和术语，并规定了对监所犯罪改用矫正感化教育的办法等。取消了传统律法按吏、户、礼、兵、刑、工六部名称而分的总目，将法典各条按其性质分属 30 门。对于继承、析产、婚姻、田宅、钱债等纯属民事性质的条款不再科刑。增加一些新罪名，如妨害国交罪、妨害选举罪、私铸银元罪及破坏交通、电讯的犯罪等。虽然这部刑法由于清王朝的

〔1〕 梁启超：《论立法权》，《饮冰室合集》卷 20，中华书局 2003 年版。