



北京市高等教育精品教材立项项目



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑事政策学

(第二版)

李卫红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京市高等教育精品教材立项项目



21世纪法学系列教材

刑事法系列

刑事政策学

(第二版)

李卫红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事政策学/李卫红著. —2 版. —北京:北京大学出版社, 2018. 3

(21 世纪法学系列教材·刑事法系列)

ISBN 978-7-301-26366-2

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑事政策—中国—高等学校—教材 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 010716 号

- 书 名** 刑事政策学(第二版)
Xingshi Zhengcexue
- 著作责任者** 李卫红 著
- 责任编辑** 冯益娜
- 标准书号** ISBN 978-7-301-26366-2
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者** 北京富生印刷厂
- 经 销 者** 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 23 印张 438 千字
2009 年 1 月第 1 版
2018 年 3 月第 2 版 2018 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价** 46.00 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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

第二版序

原本计划五年一修订本书,结果时间经不起蹉跎,一晃本书出版已快十年。其间,中国的政治、经济、社会的发展一日千里,全球人有目共睹。刑事政策及以刑事政策为研究对象的刑事政策学的发展,也是一日千里。随着人民物质生活水平的提高,人们的精神境界也在不断提升,对问题的认识、观念、方法等也在改变。以死刑为例,到目前为止,在理论层面探讨它的存废已无太大的意义,关键是我们如何加快立法减少死刑罪名与司法限制死刑适用的步伐,以实现刑事政策的人道性。经过近十年,本书许多地方所使用的材料及论证已显陈旧,极有必要进行修订。

针对第一版的不足,笔者对本书的修订主要有以下几个方面:

一是关于刑事政策的分类研究。在持续的刑事政策学研究中,作者发现最难的是对刑事政策进行定义,古今中外无一定论,这一现状导致学者们对刑事政策各说各话,无法进行深层次的学术交流,即便德国的刑事法学大师李斯特与罗克辛所说的刑事政策也不是一回事。尤其中国的刑事政策,独树一帜,更具鲜明的中国特色。如果将它们混为一谈,至少不是学术研究的态度与方法,更遑论概念的一塌糊涂、论证的逻辑分裂、结论的断章取义。因此,笔者将刑事政策分为七个层面进行论证,以期摸到完整的大象,虽然还是做不到。

二是学科定位。刑事政策学是刑事一体化学科的最好明证,这主要基于对于刑事政策的定义。刑事政策是解决已然犯罪的所有方法,而解决犯罪的法定方式既包括实体法、程序法也包括执行法及其他法律法规,以刑事政策为研究对象的狭义的刑事政策学应当包括刑法学、刑事诉讼法学、监狱法学及其他法律学科中无法准确包含或尚未确定的部分,如刑事和解,它是一种新型的解决犯罪问题的措施,目前我国《刑法》没有对接的规定,我国《刑事诉讼法》规定了刑事和解的程序,刑事政策学可包含对它的所有研究,因此没必要建立刑事司法学,刑事政策学已经将其内容涵盖。

三是增加了更多的专题性研究。以笔者近期发表在法学类核心期刊的文章为主要相关内容。如发表在《政法论坛》2017年第2期的《刑事和解的实体性与程序性》,分析了刑事和解的实体性与程序性,其属于实然微观刑事政策的范畴;发表在《法学杂志》2016年第4期的《受贿罪的司法认定》,笔者主张非财物性贿赂等内容需要被犯罪化;发表在《中国法院报》2016年12月24日第2版的《依法处理电信网络诈骗犯罪》,属于深化刑事政策的司法解释,还有尚未发表的一

些论述如《终身监禁的性质》等。所有这些丰富了本书的内容,突出了专著型教科书的特色。

四是删除了一些过时的资料、法规及论证。如已被全国人大废除的劳动教养、2012年以前的《刑事诉讼法》的相关规定等。本书第一版最后一章“德国、日本、美国当代刑事政策概览”也作了删除,留待深入研究后,另写专著。

从2005年至今,在我十三年的刑事政策学教学中,无论面对本科生还是研究生,他们所提问题无数。既然党中央提出依法治国,定罪量刑有《刑法》《刑事诉讼法》,为什么还需要刑事政策?刑事政策到底是什么?它的目标是什么甚或要解决、能解决什么问题?刑罚有一般预防与特别预防的功能,刑事政策有什么功能?在教学相长中尝试回答问题,探求真理。本书也试图对上述问题阐明看法,不求标准答案,只期盼个人所坚持不懈的阅读、思考、观察、理解能创造性地跳出已有圆圈,突破可能性的限制,达至更好。

李卫红

2017年12月10日于北京西三环北路25号致远楼

第一版序

在我国当前刑事法理论研究中,刑事政策正在成为一个重要的知识增长点。李卫红撰写的《刑事政策学》一书,以教科书的形式对刑事政策相关理论进行了系统性的论述,成为我国第一部个人独自完成的刑事政策学的教科书,这是值得肯定的。

刑事政策学教科书是以建立刑事政策的学科体系为宗旨的,这表明刑事政策学在我国的刑事法学科中正在成为一门独立学科。刑事政策学不同于刑法学这样的规范法学,刑法学是以刑法规范为研究客体的,尽管在犯罪论体系上存在一些理论模式上的选择,但就学科体系而言,基本上与刑法典存在对应关系,因而可以说是大同小异。但刑事政策学则与之不同,刑事政策学具有超法规的性质,它不受法典的桎梏,其学科体系取决于每个学者对刑事政策的理解,不同理解就会存在不同的刑事政策学的学科体系,因而可以说是小同大异。在本书中,李卫红对各种刑事政策学的理论体系作了描述,就可以发现其中的差别是很大的。其中,如何处理刑事政策学与犯罪学之间的关系可能是一个关键问题。当然,犯罪学本身也有狭义的和广义的之分。狭义的犯罪学,是指犯罪原因学,侧重于揭示犯罪产生的原因,包括宏观的社会原因与微观的个体原因。这个意义上的犯罪学,类似于诊断学。但广义的犯罪学,除对犯罪原因的研究以外,还包括犯罪对策,例如社会对策与法律对策,法律对策又可以分为立法对策与司法对策。在这样一个广义的犯罪学体系中,有关刑事政策的内容往往涵括其间。目前的趋势是刑事政策学逐渐地从犯罪学中分离出来,成为一个独立的学科。我以为,刑事政策学尽管与犯罪学之间存在密不可分的学科渊源关系,但两个学科还是可以互相独立的。犯罪学具有事实学科与经验学科的性质,而刑事政策学则具有价值学科的性质,刑事政策学所具有的反思性与批判性这种理论品格,都是犯罪学所不具备的。

刑事政策学教科书当然是讲究体系性的,通过一定的体系建构将相关知识内容纳入其间,形成一个较为系统的刑事政策知识体系。因此,在评价一本刑事政策学教科书的时候,体系是否科学完整,当然是我们所要关注的。从本书来看,李卫红基本上把刑事政策学的内容分为总论与各论两部分:总论是指对刑事政策基本原理的叙述;各论是指对具体刑事政策的探讨。上述两部分内容是相辅相成互相补充的。只有刑事政策的基本理论而缺乏对具体刑事政策的阐述,

刑事政策理论就会变得空洞。而只有对具体刑事政策的研究却没有扎实的刑事政策基本原理作为支撑,刑事政策理论就会流于肤浅。我们可以看到,李卫红在刑事政策的基本理论与具体刑事政策的专门研究这两个方面,都投入了较大的学术资源,从而达到了一定的理论深度。

就刑事政策的基本理论而言,李卫红对刑事政策的当代品格的把握是到位的,尤其是在刑事法治的视野下考察刑事政策,揭示了刑事政策的价值内容。例如,在本书中以比较大的篇幅论述了刑事政策的人道化、法律化与科学化,这些内容都在很大程度上改变了刑事政策的策略化现象,能够从人性与政治、法律与科学的角度深化对刑事政策的理解。当然,这里也存在一些值得探讨的问题。例如,本书专门讨论了刑事政策的价值蕴含,指出了刑事政策所具有的自由、平等、博爱、公正、效率、人道等价值理念。现在的问题是:这些价值理念是刑事政策本身所具有或者应当具有的,还是在刑事政策之外对刑事政策所形成的某种文化的与文明的制约?我个人认为,刑事政策是追求惩治犯罪有效性的,只不过在不同时代刑事政策的这一目的是受到文化与文明的制约的。在当代社会,刑事政策不再赤裸裸地追求惩治犯罪的有效性,或者说刑事政策目的的实现应当受到自由、平等、博爱、公正、效率与人道这些因素的制约。只有从逻辑上厘清刑事政策与这些价值理念之间的关系,才能对此作出科学的论述。

就刑事政策的具体内容而言,本书涉及“严打”刑事政策、宽严相济刑事政策、死刑刑事政策,这些刑事政策对我国的刑事立法与刑事司法曾经或者正在发挥着重要作用,对其专门研究是十分必要的,也是本书的实质内容之所在。但在这部分内容的安排上,我觉得不无改进的余地。作者是按照实然刑事政策与应然刑事政策、宏观刑事政策与微观刑事政策这两对范畴进行排列的,由此组合成实然宏观刑事政策与实然微观刑事政策、应然宏观刑事政策与应然微观刑事政策。在这样的内容排列中,“严打”刑事政策就被分割为实然的考察与应然的探讨这两个部分。其实,实然与应然、宏观与微观只不过是一些视角,刑事政策的学科安排不应以此为根据,而是应该以专门问题为根据。因此,在具体刑事政策这一部分,专门对“严打”刑事政策、宽严相济刑事政策、死刑刑事政策、未成年人刑事政策、精神病人刑事政策进行实然与应然、宏观与微观相结合的全面研究,反而条理更为清晰。

在我国刑事法学界,目前专门研究刑事政策学的人并不多,李卫红是其中的一位,并且取得了丰硕学术成果。此前,李卫红已经出版了《刑事政策学的重构及展开》(北京大学出版社2007年版)一书,本书是在前书基础上的体系化叙述,在理论的广度上有所扩展,在理论的深度上有所加强,两书之间可以明显地看出

承继关系。我期待着李卫红继续在刑事政策学领域进行学术耕耘,形成自己的学术风格,以推进我国刑事政策学的理论研究。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年11月3日

目 录

绪 论

第一章 刑事政策学概述	(3)
第一节 刑事政策学的概念	(3)
第二节 刑事政策学的理论体系	(15)
第三节 刑事政策学的学科性质	(24)
第二章 刑事政策学的发展脉络	(27)
第一节 西方刑事政策学简史	(27)
第二节 我国刑事政策学的诞生和发展	(43)
第三节 全球一体化下的刑事政策学	(44)
第三章 刑事政策学的研究方法	(48)
第一节 概述	(48)
第二节 刑事政策学研究的方法论原则	(50)
第三节 刑事政策学研究的具体方法	(53)

第一编 刑事政策学中的基本观念

第四章 刑事政策的概念和分类	(61)
第一节 刑事政策的概念	(61)
第二节 刑事政策的分类	(73)
第五章 刑事政策的根基	(85)
第一节 刑事政策的价值蕴含	(85)
第二节 刑事政策的社会沃土	(89)
第三节 刑事政策的宪政保障	(98)
第四节 刑事政策的法理前提	(102)
第六章 刑事政策的维度	(106)
第一节 刑事政策的起点与过程支撑	(106)
第二节 刑事政策的功能与目的	(111)

第三节	刑事政策的主体	(117)
第四节	刑事政策的人道化、法律化与科学化	(123)
第七章	刑事政策学中的基础理论	(145)
第一节	犯罪观	(145)
第二节	犯罪概念	(160)
第三节	犯罪原因	(172)
第四节	犯罪人被害化现象描述	(186)
第五节	犯罪是一种评价	(197)

第二编 实然刑事政策

第八章	实然宏观刑事政策	(215)
第一节	评析“严打”	(215)
第二节	宽严相济的刑事政策	(224)
第三节	死刑刑事政策	(233)
第九章	实然微观刑事政策	(257)
第一节	实然微观刑事政策概说	(257)
第二节	程序上的实然微观刑事政策	(262)
第三节	实体上的实然微观刑事政策	(271)
第四节	实体与程序的结合	(283)

第三编 应然刑事政策

第十章	应然宏观刑事政策的走向	(297)
第十一章	应然微观刑事政策	(304)
第一节	未成年人犯罪的应然微观刑事政策	(304)
第二节	待犯罪化犯罪的应然微观刑事政策	(330)
第三节	精神病人的应然微观刑事政策	(343)
	美,也是心中永远的神话(代后记)	(353)
	第二版后记	(357)

绪 论

- 第一章 刑事政策学概述
- 第二章 刑事政策学的发展脉络
- 第三章 刑事政策学的研究方法

第一章 刑事政策学概述

第一节 刑事政策学的概念

一、刑事政策学的诞生

学科发展的规律大多也是分久必合、合久必分。近代以来的大刑法学包括了现在刑事法学大家族中的所有成员,如刑事诉讼法学、监狱法学、犯罪心理学、刑事侦查学等等,刑事政策学也是其中之一。但是,到了19世纪末20世纪初,刑事政策学也如其他学科一样,从此范畴中逐渐独立出来,作为一门专门以刑事政策为研究对象的学科而傲然屹立在社会科学之林,尽管它还有些青涩稚嫩,但丰厚肥沃的法治土壤及充足的理论阳光雨露使它一天天茁壮成长。

有学者认为:近现代意义上的刑法学的诞生,始于意大利刑事古典学派的创始人贝卡利亚所著的《论犯罪与刑罚》(1764年)一书的发表,该书作者首次对犯罪与刑罚的一系列问题进行了深入系统的论述,确立了罪刑法定、罪刑相适应、刑罚人道等作为刑法支柱的基本原则,奠定了刑法理论的根基。^①

犯罪学诞生于犯罪不断增加而传统刑法制度和刑法理论无能为力的历史背景下。“19世纪后期,随着资本主义的发展,社会各种矛盾日益激化,导致各种犯罪尤其是累犯急剧增加,古典学派的刑法理论在犯罪对策上显得无能为力,按照传统的对应于一定犯罪科处一定刑罚的罪刑均衡原则,已解决不了累犯增加等新问题。”^②意大利精神病学家龙勃罗梭的著作《犯罪人论》(1876年)的出版标志着犯罪学作为一门独立学科的诞生。有学者认为,加罗法洛撰写的《犯罪学》(1885年),标志着犯罪学从其他学科中独立出来,成为一门新的学科。^③

当犯罪人类学和犯罪社会学成为新兴的犯罪学的两个主要分支后,“在这些科学的基础上,新的刑事政策学开始构建,它由同样成立于1889年的国际刑法联合会(the International Union for Penal Law)提出。国际刑法联合会的倡导者冯·李斯特(Von Liszt)在吸收实证主义学派的成果之后再次系统地形成和发展了刑事政策学。”^④

① 参见张小虎著:《刑法的基本观念》,北京大学出版社2004年版,第2页。

② 参见马克昌等主编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第590页。

③ 参见张小虎著:《犯罪论的比较与建构》,北京大学出版社2006年版,第7页注释①。

④ 参见卢建平:《刑事政策与刑法》,中国人民公安大学出版社2004年版,第179页。

刑法学与犯罪学的初始认定,学界基本达成共识,但是,可否以马克·安塞尔的《新社会防卫论》作为现代刑事政策学诞生的标志之作,尽管学界还存在着争论,但笔者却对此持肯定的态度,主要是因为该书超越了刑法学的狭窄范畴,同时也走出了犯罪学的纯学科研究方法与全方位的预防与控制犯罪对策,其内容更符合刑事政策学的研究对象。

新社会防卫论所倡导的新的处理犯罪的方法,首先反对古典学派和实证学派的刑罚方法,而是倡导通过使个人与社会分离的方法,或者通过对个人适用排除或隔离、或矫正措施和教育措施的方法,把犯罪者变成守法的公民。新社会防卫论要在科学地研究犯罪人格的基础上,根据犯罪人的反社会性和危险性的大小来决定运用什么样的防卫措施,对于反社会性和危险性大的犯罪人,应当采取把他们从社会中淘汰与社会隔离的方法,对其进行威慑打击;对于反社会性和危险性小的犯罪人,应当采取矫正和教育措施对其进行改变教化,以探讨更具有科学性和人道性的社会防卫手段取代刑罚。^①

由于社会防卫的理念是建立在人权与人道的价值观及法治国的基础之上,由此进一步催生出现代意义的刑事政策及刑事政策学。如果没有这样的导向与根基,就不会有现代意义的刑事政策,当然也就没有刑事政策学这一学科。或许学科的诞生没有一个确切固定的时间,只是在一段时期内开花结果并日臻成熟。刑事政策学就是在这一段时间内逐渐从犯罪学中剥离出来而成为一门独立的学科。

二、刑事政策学的研究对象

毫无疑问,刑事政策学的研究对象是刑事政策。正是由于各国学者对刑事政策所下的不同定义,导致了我国确立刑事政策学研究对象的艰难性与多样性。除此以外,作为一门学科,还有一些基础性的理论及前瞻性(应然)的刑事政策需要研究。

刑事政策学的研究对象应从以下四个方面理解:

(一) 刑事政策的基本观念

刑事政策的基本观念属于认识论范畴,这些基本观念直接决定刑事政策学的独立学科属性,如刑事政策的概念、刑事政策的功能、刑事政策的目标、刑事政策的主体等等,这些基础性的观念都是刑事政策学所要研究的内容。

1. 刑事政策的概念

人们可以在不同的层次、以不同的方式理解刑事政策,如中国的刑事政策与西方的刑事政策、生效的刑事政策与未生效的刑事政策、广义的刑事政策和狭义

^① 肖剑鸣、皮艺军主编:《犯罪学引论》,警官教育出版社1992年版,第70页。

的刑事政策、宏观刑事政策与微观刑事政策、实体的刑事政策与程序的刑事政策、实然刑事政策与应然刑事政策、犯罪学意义上的刑事政策与刑事政策学意义上的刑事政策等等。本书认为,终极的生效的刑事政策就是国家、社会以人道主义为宗旨,对已然犯罪人宏观的(战略的)和微观的(战术的)被动处置措施,包括宏观的刑事政策和微观的刑事政策。宏观的刑事政策是指对犯罪反应的战略方式,如“宽严相济”及“少杀、慎杀”“严打”等刑事政策;微观的刑事政策是指对犯罪反应的战术方式及刑罚、刑事转处、社区矫正等对不同犯罪人的处遇等等。

2. 刑事政策的功能

刑事政策从宏观上只有两大功能,一是对已然犯罪及犯罪人的处置功能;二是对已然犯罪人的预防再犯功能。刑事政策的功能就是通过主体对刑事政策的适用表现出来,就是对已然犯罪人的处置功能和对再犯的预防功能即特殊预防。特殊预防是刑事政策本身固有的功效或作用,而不是其目的。

3. 刑事政策的目标

对犯罪人实现人道主义处遇的过程与结果就是刑事政策的目标。刑事政策之所以能够超越刑法(当然不是完全摒弃,而是将大部分刑罚吸收到刑事政策中来),是因为刑事政策的根基在于人道主义。马克·安塞尔认为,刑事政策是一场人道主义的运动。人道主义决定了刑事政策的目标。因为,人道主义反对以人作为手段的任何方式,来达到主体的目的,只要是人,无论是生物的还是社会的人,都要以人的态度来对待他,不能通过刑事政策的实施来实现一般预防犯罪的目的,当然更不可能实现特殊预防与一般预防的兼顾和并重。

4. 刑事政策的主体

刑事政策的主体可被分为刑事政策的制定主体和刑事政策的执行主体。只有具有国家公权力的或者国家公权力授权范围内的政府或机关才具有制定“刑事政策”的资格。“刑事政策”的执行主体,既应包括国家、政府,又应包括机关组织、社会团体以及公民个人。

5. 刑事政策的人道性、科学性、法律性

刑事政策的人道性、科学性、法律性三种属性构成了刑事政策的内核,铸就了刑事政策精神。只要是刑事政策,它就具有人道、科学、法律的属性。刑事政策的人道性、科学性、法律性具有内在的联系,有时也会发生冲突,如何取舍,主要取决于人们在特定时空条件下的价值取向。

(二) 相关犯罪范畴

人们对犯罪的认识也是刑事政策学的研究对象。因为刑事政策的起点源于犯罪,人们对犯罪概念、犯罪观、犯罪原因等等的不同认识,会导致制定与适用不同的刑事政策。

1. 犯罪概念

犯罪概念不再局限于刑法范畴之内,因为法定犯罪只是法律规定的一部分,社会上还存在着大量的非法定但具有严重危害社会的行为,将犯罪学意义上的犯罪概念引入到刑事政策学中来,是刑事政策学研究的起点。但是,仅仅将犯罪学意义上的犯罪作为刑事政策的研究起点还远远不够,还要对这样的犯罪进行划分,将它们划分为未然犯罪和已然犯罪,前者指尚未实施的犯罪,后者指已经实施的犯罪。对于未实施或可能实施的犯罪,刑事政策鞭长莫及,它是犯罪学研究的范畴,刑事政策只能针对已然犯罪,即行为人实施危害社会的行为以后,该对其进行怎样的处置。

2. 犯罪观

当代中国犯罪观是多元犯罪观并存的状态,这种并存不仅指在宏观上多种犯罪观并存于当代社会,不同的社会主体可能持有不同的犯罪观,而且在微观上,多种犯罪观也可能并存于同一个社会主体,每个社会主体可能持有不同的犯罪观,从而对犯罪这一复杂的社会现象形成多角度的认识。^① 尤其是从国家犯罪观向个人犯罪观的转变,直接导致治理犯罪的方式、方法及措施从程序到实体全方位地改变。

3. 犯罪原因

犯罪原因是指对犯罪的形成与变化具有决定作用的致罪因素所构成的动态系统。致罪因素是犯罪原因的构成要素;犯罪原因中的致罪因素(犯罪因素)尤其是指决定犯罪形成与变化的关键性因素。犯罪原因包括宏观与微观两个视角以及动态与静态的分析,并且具有时空的特征。^② 犯罪原因是以对犯罪现象的研究为基础的,正如身体的病理原因多样化一样,犯罪原因呈复杂化样态,人们认识的局限性很难将其探明。

4. 犯罪人受害化的现状描述

将犯罪人受害化作为一个专题研究,至今还未系统地出现在刑事法学专著中。犯罪人受害化是指犯罪人在犯罪前、犯罪过程中及犯罪后都存在着受害情况,他们是犯罪人的同时也是社会中的受害人,只是他们的受害状况一直被他人忽视,从而使得人们忘记了自己和社会中的其他成员应当承担的犯罪后的责任。犯罪人受害化不同于犯罪现象,犯罪现象是指在一定地区和一定时期内发生的应受制裁或处置的严重危害社会行为的总和。犯罪现象的属性是指为犯罪现象所固有的、不以人的意志为转移的一般共性,包括犯罪存在的当然性或是不可避免性、犯罪价值的相对性以及犯罪控制的有限性。犯罪现象规律即隐伏在犯罪

^① 参见李卫红:《当代中国犯罪观的转变》,载《法学研究》2006年第2期。

^② 参见康树华、张小虎主编:《犯罪学》,北京大学出版社2004年版,第107页。

数量、质量、结构等表象背后的犯罪现象存在和变动的一般过程和趋向,它深刻地反映着犯罪现象与一定的社会环境以及人类自身之间的关系。

5. 犯罪是一种评价

犯罪究竟是客观的存在还是主观的评价?从某种意义上说,犯罪是一种评价,是人作为社会的主体对犯罪的另一视角的看法。这其中蕴含着犯罪的相对性,包括国家、社会及大众对犯罪的评价。大众一般只看到犯罪的负面影响,而本部分研究的意义在于,我们不能轻易地得出犯罪是善还是恶的结论。社会发展到今天,人们的理性不断地被挖掘,从而对犯罪的认识及对犯罪的反应方式与以往相比有了质的飞越。“当犯罪率下降到明显低于一般水平时,那不但不是一件值得庆贺的事,而且可以肯定,与这种表面的进步同时出现密切相关的是某种社会的紊乱。”^①

(三) 刑事政策的根基

现代刑事政策内化了自近代以来的自由、平等、博爱、公平、公正、效率、人道、宽容、宽恕等价值理念,根植于肥沃的市民社会土壤中,以法治语境下的分权监督与制约为制度保障,以法理学研究的前沿理论为指针,正如罪刑法定、罪责刑相适应和刑法面前人人平等一样都是近代以来的产物。近代以前,几乎世界各国都有非常完善的刑法,但那不是罪刑法定。因为,封建社会以前的经济、政治、社会结构、意识形态、价值理念等无法孕育生成这样的刑法原则。同样,刑事政策发展至今,也有其特有的生长根基。

(四) 实然刑事政策

所谓实然刑事政策,是指实际存在的刑事政策,它普遍存在于各国法律之中,是各国实际存在和正在适用的刑事政策。

实然刑事政策包括宏观的刑事政策和微观的刑事政策,或者称为战略的刑事政策和战术的刑事政策,它们在刑事政策学体系中举足轻重,我国的实然刑事政策包括宏观与微观两个层面,宏观层面如新中国成立以来我国实行的刑事政策“坦白从宽、抗拒从严”以及“少杀、慎杀”“严打”“宽严相济”等。微观刑事政策如刑罚(各种刑罚方式如死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、管制)以及非刑罚制裁措施(我国《刑法》第37条的规定)、非刑事的手段、刑事诉讼过程中的措施、社区矫正等等。

1. 宏观刑事政策

在我国,宏观刑事政策的主体主要是党和国家领导人、全国政法委、最高人民法院和最高人民检察院及公安部、司法部或是联合其他部委;其载体主要是党和国家领导人的讲话,全国政法委的决定,最高人民法院和最高人民检察院及公

^① 参见[法]迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第80—90页。