

宽严相济的刑事政策研究

刘仁文

(中国社会科学院 法学研究所, 北京 100720)

[摘要] 宽严相济的刑事政策不只是一项刑事司法政策, 而应作为一项基本的刑事政策。“宽严相济”是构建社会主义和谐社会的应有之意和必然要求。“宽严相济”的时代意义在于“以宽济严”, “以宽济严”是在构建社会主义和谐社会背景下“宽严相济”政策的要义。要实现“以宽济严”, 应做到以下三个方面: 即观念先行、执法跟上、立法突破。

[关键词] 宽严相济; 刑事政策; 实现

[中图分类号] DF61 [文献标识码] A [文章编号] 1003 - 4781 (2008) 01 - 0024 - 8

[收稿日期] 2007 - 08 - 12

[作者简介] 刘仁文 (1967 -), 男, 湖南人, 法学博士, 中国社会科学院法学研究所研究员。

一、“宽严相济”刑事政策的提出

2004年 9月, 中国共产党十六届四中全会提出了“构建社会主义和谐社会”的命题。2004年 12月, 中共中央政治局常委、中央政法委书记罗干在全国政法工作会议上提出: “正确运用宽严相济的刑事政策, 对严重危害社会治安的犯罪活动严厉打击, 绝不手软, 同时要坚持惩办与宽大相结合, 才能取得更好的法律和社会效果。”2005年 3月, 最高人民法院的工作报告在介绍2004年的工作时说: “坚持‘严打’方针和宽严相济的刑事政策, 严把案件事实关、证据关、程序关和适用法律关, 加强司法领域的人权保障。但该年度的最高人民检察院工作报告, 还没有谈及“宽严相济”的刑事政策。

2005年 12月, 罗干在全国政法工作会议上要求政法机关要更加注重运用多种手段来化解矛盾纠纷, 更加注重贯彻宽严相济的刑事政策, 促进社会和谐稳定, 并明确指出宽严相济是“指对刑事犯罪区别对待, 做到既要有力打击和震慑犯罪, 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, 实现法律效果与社会效果的统一。”随后, 在2006年 3月召开的十届全国人大四次会议上, 最高人民法院、最高人民检察院的工作报告均对此作出回应: 最高人民法院的工作报告在介绍2005年刑事审判和执行工作时, 指出人民法院“贯彻宽严相济的刑事政策, 对罪当判处死刑但具有法定从轻、减轻处罚情节或者不是必须立即执行的, 依法判处死缓或无期徒刑。对认定事实不清、证据不足的案件, 依法发回重审。”在谈到2006年的工作安排时, 指出要“坚持宽严相济的刑事政策, 对犯罪情节轻微或具有从轻、减轻、免除处罚情节的,

依法从宽处罚”。最高人民法院的工作报告也指出，2005年全国检察机关认真贯彻宽严相济的刑事政策，坚持区别对待，对严重刑事犯罪坚决严厉打击，依法快捕快诉，做到该严则严；对主观恶性较小、犯罪情节轻微的未成年人、初犯、偶犯和过失犯，贯彻教育、感化、挽救方针，慎重逮捕和起诉，可捕可不捕的不捕，可诉可不诉的不诉，做到当宽则宽。

2006年10月召开的十六届六中全会通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，其中明确要求：“实施宽严相济的刑事司法政策，改革未成年人司法制度，积极推行社区矫正”。同年11月，全国政法工作会议提出，在和谐社会建设中，各级政法机关要善于运用宽严相济的刑事司法政策，最大限度地遏制、预防和减少犯罪。

2007年3月，最高人民法院在全国人大会议上的工作报告中提出：要贯彻宽严相济的刑事司法政策，最大限度地增加和谐因素。宽严相济是我国的一项重要刑事司法政策，在和谐社会建设中更具有现实意义。最近，最高人民法院在深入调查研究的基础上，制定了《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》。检察机关在批捕、起诉、查办职务犯罪等各项工作中，都要根据案件具体情况，做到该严则严、当宽则宽、宽严适度，使执法办案活动既有利于震慑犯罪、维护社会稳定，又有利于化解矛盾、促进社会和谐。最高人民法院也在其工作报告中指出：要“认真执行宽严相济的刑事政策，最大限度地减少社会对立面。”

可见，“宽严相济”刑事政策的提出，与构建社会主义和谐社会的执政理念有着密切的联系。可以说，“宽严相济”是构建社会主义和谐社会的应有之意和必然要求。

二、“宽严相济”的时代意义在于“以宽济严”

对于宽严相济刑事政策的涵义，我国许多学者强调“严”与“宽”的平衡、协调与结合。但正如有的学者所正确地指出：“如此泛泛而谈，不足以指导实践。宽严相济应向‘宽’倾斜。”^[1]笔者认为，这一政策在当前的意义主要还是突出“以宽济严”，理由是：

我们过去20多年来一直在实行“严打”，作为这一政策的体现，1997年刑法修订时，虽然不少学者指出我国刑法中的死刑太多，但立法机关“考虑到目前社会治安的形势严峻，经济犯罪的情况严重，还不具备减少死刑的条件”，因而“对于现行法律规定的死刑，原则上不减少也不增加。”另一方面，1997年刑法修订时，“对刑法的原有规定，包括文字表述和量刑规定，原则上没什么问题的，尽量不作修改。”^[1]（P3）在这种情况下，新刑法仍然删除了1979年刑法第1条中的“依照惩办与宽大相结合的政策”来制定刑法的内容，对此，笔者同意有的学者的判断：“在1997年刑法修订之中之所以删除关于惩办与宽大相结合刑事政策的规定，主要还是为了给严打刑事政策让路。”^[2]可见，现实中我们并不缺少“严”，现在提“宽严相济”，自然让人想起“宽”的一面。

虽然1997年新刑法删除了“惩办与宽大相结合的政策”内容，但在理论上谁也不否认惩办与宽大相结合至今仍是我国的一项基本刑事政策。为了说明在严打的形势下惩办与宽大相结合的政策没有变，有的学者勉为其难地将其解释为：惩办与宽大相结合是基本刑事政策，而严打是具体刑事政策，依法从重从快（严打）这一具体刑事政策同惩办与宽大相结合的基本刑事政策的精神是一致的，而不是对立相悖的。^[3]但笔者认为，严打刑事政策在其内容上与惩办与宽大相结合刑事政策是存在抵触的，采用严打刑事政策意味着在一定时期内惩办与宽大相结合刑事政策的搁置。的确，以基本刑事政策和具体刑事政策的关系来解释惩办与宽大相结合刑事政策与严打刑事政策之间的关系，过于牵强，一个显而易见的事实是，在严打刑事政策下，那些体现惩办与宽大相结合刑事政策内容的具体政策，如可捕可不捕的不捕，可杀可不杀的不杀，都没有得到很好的贯彻，甚至不再适用。因此，以实然和应然的刑事政策分析框架来解释严打刑事政策与惩

办与宽大相结合刑事政策的关系，要显得更有说服力。正是由于惩办与宽大相结合刑事政策的这种理论与现实的背离，中央才提出现在的宽严相济刑事政策。对于宽严相济刑事政策与惩办与宽大相结合刑事政策的关系，现在学界也有不同看法，但笔者的基本观点是，二者的基本精神是一致的，只不过由于惩办与宽大相结合政策的前述尴尬处境，现在如果重提该政策，不足以突出“宽”的一面，因为从来就没有人正式说过我们已经改变了惩办与宽大相结合的政策。改提“宽严相济”，与“惩办与宽大相结合”的提法相比，有一个明显不同的地方：前者“宽”在前，“严”在后；后者“惩办”在前，“宽大”在后。这不是一个简单的顺序排列问题，而是在多年来实行严打的环境下，政策制定者欲回归惩办与宽大相结合的刑事政策、特别是在“宽大”方面做文章的政策用意。顺便指出的是，“宽严相济”较之“惩办与宽大相结合”，在提法上更为可取，因为：第一，“惩办与宽大相结合”这一命题蕴涵着意识形态的成分，它来源于我们革命战争年代对敌斗争的政治策略，即使在建国后，也在相当程度上充当了刑事法制不健全的替代品，在社会形势已经发生巨大变化的今天，用“宽严相济”来取代“惩办与宽大相结合”，有利于彰显国家在对待犯罪问题上的人道态度，即首先是“宽”，能不入罪的不入罪，能不判刑的不判刑，能判轻刑的不判重刑，在万不得已的情况下，才考虑动用刑法，这也符合当今国际社会“轻轻重重”的刑事政策趋势，即对大部分较轻的犯罪处以较宽松的处罚，只对少数严重犯罪如有组织犯罪、恐怖活动犯罪等才采取严厉的处罚办法。第二，传统话语一般将惩办与宽大相结合的刑事政策解读为：“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。”[4] 这些内容有的已经过时，如“抗拒从严”，因其与无罪推定原则存在一定抵触，因而受到学界的质疑；有的不完全符合法治的要求，如“胁从不问”，刑法只规定对从犯“应当从轻、减轻处罚或免除处罚”；对“被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚”，并不是一律不问。“宽严相济”，可以在当宽则宽、当严则严、宽严有度等意义上重新解读，使其内容更为科学。

此外，从近几年贯彻落实“宽严相济”的刑事政策实践来看，主要还是围绕“宽”的主题做文章。如最高人民检察院2006年12月出台的《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》的措辞和内容带有十分明显的“宽”的特征。又如，2007年8月，最高人民检察院发布了新修改的《人民检察院办理不起诉案件质量标准（试行）》，提出具有下列五种情形之一，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚，经检察委员会讨论决定的，可以依法决定不起诉：1、未成年犯罪嫌疑人、老年犯罪嫌疑人，主观恶性较小、社会危害不大的；2、因亲友、邻里及同学同事之间纠纷引发的轻微犯罪中的犯罪嫌疑人，认罪悔过、赔礼道歉、积极赔偿损失并得到被害人谅解或者双方达成和解并切实履行，社会危害不大的；3、初次实施轻微犯罪的犯罪嫌疑人，主观恶性较小的；4、因生活无着偶然实施盗窃等轻微犯罪的犯罪嫌疑人，人身危险性不大的；5、群体性事件引起的刑事犯罪中的犯罪嫌疑人，属于一般参与者的。

三、宽严相济刑事政策不只是一项刑事司法政策

目前，对这个问题有不同看法，有的学者认为：宽严相济的刑事政策现在就是一项基本刑事政策，罗干同志在2005年的全国政法工作会议上就是这样界定的，他明确说宽严相济的刑事政策是我们维护社会治安的基本刑事政策；宽严相济的刑事政策是对惩办与宽大相结合的继承与发展，继承是基本的，但它还有发展，发展在于它是在构建和谐社会的背景下提出的，它是对我们的“严打”政策的修正，把宽放在第一位，这与惩办与宽大相结合把惩办放在第一位是有所不同的，原来惩办与宽大相结合是在解放初期镇压反革命提出来的，当时提宽大是以惩办为前提的，离开了惩办也就无所谓宽大，但现在提的是宽严相济，宽是第一位的，这个“宽”是围绕和谐

社会而提出的。[5]但也有学者认为,“宽严相济”只是一项刑事司法政策,并不能取代“惩办与宽大相结合”的基本刑事政策,如周道鸾教授提出:过去司法机关在贯彻惩办与宽大相结合的会议上就提到宽严相济的刑事司法政策,因此,宽严相济的刑事政策不是最近两年才提出来的,而是早就提出来了,现在用宽严相济的司法政策来代替惩办与宽大相结合的刑事政策,有欠准确。[6]高铭暄教授也提出:中央文件的正式提法,比如说《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》,只说它是刑事司法政策,并没有说它是基本刑事政策。罗干同志在2005年全国政法工作会议上说宽严相济的刑事政策是我们维护社会治安的基本刑事政策,他是从维护社会治安的角度来讲的,只限于讲社会治安。他在2006年第五次全国刑事审判工作会议上,既提惩办与宽大相结合的刑事政策也提宽严相济政策的刑事司法政策,可见惩办与宽大相结合的政策并没有被它所代替。宽严相济的刑事政策上升为刑事基本政策,既是刑事司法也是刑事立法还是刑事执行政策,特别是刑事立法政策,还没有看到我们立法机关就这个问题表过态。再说罗干同志主管的不是刑事立法工作,他不可能讲刑事立法政策,他只是管公检法司这一系列。“我认为政策特别是基本政策的转化应当限于党中央的正式文件比较好。”[7]

如前所述,笔者同意第一种观点,即将宽严相济的刑事政策定位于一项基本的刑事政策,是对惩办与宽大相结合的继承与发展。理由是:第一,如果只将宽严相济作为一项刑事司法政策来对待,则它无法满足建设社会主义和谐社会的需要,因为过去20多年来的持续“严打”使我们的立法、司法、执法乃至观念都烙上了“严打”的印痕,只在司法中“以宽济严”,不仅局限性很大,而且无法解决一些根本性问题,甚至还会给某些改革措施带来合法性的危机,如我国目前正在推行的刑事和解、社区矫正等,都被视为“以宽济严”的有效措施,但它们其实都面临一个法律依据不足的问题。因此,只有将宽严相济作为新形势下的一项基本刑事政策,才能在各个领域贯彻这一精神。第二,过去我们虽然也在贯彻惩办与宽大相结合的政策时提过宽严相济,但它与现在我们对“宽严相济”的强调程度是不一样的,前者完全是为惩办与宽大相结合作注脚,后者则使之具有了独立甚至优先的价值,并且正在成为社会生活中的一个热词。虽然现在有些领导人的讲话还间或将二者混杂在一起使用(这也是导致学界争论的原因之一),但我们不难发现,“惩办与宽大相结合”的使用率越来越低,而“宽严相济”的使用率则越来越高。随着理论的成熟和实践的发展,最后以“宽严相济”来取代“惩办与宽大相结合”的提法在我看来是必然的。第三,至于如何理解中央文件《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中“实施宽严相济的刑事司法政策”,笔者认为,可以作两方面的解读:一是该文件并不是一个专门的刑事政策文件,因而它并没有就宽严相济的刑事政策总体地位作出界定,只是为了突出在司法领域要贯彻宽严相济的精神,但并没有说宽严相济就只能存在于司法领域;二是结合文件中“实施宽严相济的刑事司法政策”后面的两句话:“改革未成年人司法制度,积极推行社区矫正”,我们可以看出,这三个问题都不是单一的司法问题,都必然牵涉到立法上的改革。

综上,笔者完全同意马克昌教授的如下观点:“如果一个政策只是一个司法政策,而不是一个立法政策,那又如何司法?立法上根本没体现宽严相济,司法又怎能离开立法判案呢?这是一个根本问题。中央文件上虽然说是司法政策,但它是针对司法领域而言的,并没有把它作为整个地位来界定。所以不能因为它说了是司法政策,我们就一定认为它只能是个司法政策,否则,很多问题都没办法解决,包括对减刑假释要不要贯彻宽严相济。”[5]

四、如何实现“以宽济严”

首先,观念先行。观念是行动的先导,“以宽济严”是在构建社会主义和谐社会背景下“宽

“严相济”政策的要义，如果不对此加以充分认识，就会使社会缺乏足够的心理准备。例如，《法制日报》的报道：2007年9月24日，郑州市二七区法院依据“判前赔偿减刑”制度——“被告人认罪、积极赔偿的，可酌情减轻刑罚”，对一起轻伤害刑事案件的被告人从轻作出缓刑判决。此事立即引起社会广泛关注，质疑之声扑面而来：“判前赔偿减刑”超出了法律授权的范围；这一制度赋予法官的自由裁量权太大，不利于司法公正，而且里面的腐败空间太大。“我们事先没有料到这项制度的实施会产生这么大的争议……这两天，我们的压力很大。”法院方面坦承。实际上，法院的这种做法并不存在超出法律授权范围的问题。最高人民法院2000年12月19日出台的《关于审理刑事附带民事诉讼范围问题的规定》曾规定：“被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”此外，刑事诉讼法也规定，人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以与被告人自行和解或者撤回自诉。法院负责人也告诉记者：“法院‘空判’是社会上对执行难的戏称。在清理执行积案活动中，我们发现刑事附带民事案件的执行积案最多。这里面原因很多，其中重要一项是被执行人有抵触心理，不愿履行刑事附带民事的法律义务。所以，推出‘判前赔偿减刑’制度，是法院对解决这个问题的一种探索。”“这起案件给我们留下了很多思索。如果能在法律允许的范围内，把刑事附带民事赔偿前置，或允许当事双方就此达成和解，不仅能够化解由此引起的社会矛盾，还能解决刑事附带民事案件执行难的问题，何乐而不为呢？”[8]

其实，类似上述这种“判前赔偿减刑”的刑事和解现在在实践中已经突破了自诉案件的范围，如山东烟台成功地将“平和司法”模式从轻伤害案件向过失犯罪案件和未成年人犯罪案件加以推行，福建厦门、海南和北京等一些地区将刑事和解制度推行到那些在校大学生涉嫌盗窃、伤害的案件之中。刑事和解的处理方式，意味着司法机关开始将一些轻微犯罪视为“侵权行为”，使得那种犯罪与侵权之间的严格界限出现了松动。事实上，中国刑事诉讼中的自诉制度本身就说明，对于一些不具有明显社会危害性的轻微犯罪行为，完全可以有条件地放弃国家追诉制度，而引入民事诉讼的处理方式。[9]这就要求我们改变观念，提升犯罪人与被害人在刑事诉讼程序中的主体地位（而非客体），对一些轻微刑事案件允许“私了”，即使某些比较严重的犯罪，只要有具体的被害人，而且被害人同意甚至要求对犯罪人处以较轻的刑罚（以换取自己的某种利益如物质赔偿、或日后的和睦相处等），就应作为一个减轻情节加以考虑。因为犯罪毕竟不只是侵犯了国家秩序，还侵害了被害人的权益，因而对其处罚也要兼顾二者：对较轻的犯罪特别是某些几乎不涉及危害国家秩序的轻微犯罪，将处理的主导权交给被害人（指从宽处理，从严则不能听由被害人自己）；对较重的犯罪，则由于它危害了国家秩序，不能完全由被害人自己决定如何处理，但他的意愿应当加以考虑。

“以宽济严”还呼唤其他方面的观念革新，如传统观念中提到刑罚主要是指“坐牢”（监禁刑），但现代刑罚的趋势是对大量的没有社会危险性的犯人实行社区刑改造，这即节省国家开支，[10]又有利于犯人回归社会（可保持与家人和社区的联系，而不致像监狱一样与社会完全隔离起来）。由此出发，对于过失犯、非暴力犯罪等没有社会危险性的犯人，不妨加大社区刑的适用力度。当然，社区刑也不一定就只有一个模式，可根据其犯罪严重程度等规定宽严不一的社区刑，如对某些比较严重的贪污贿赂和经济犯罪等，规定白天可以在社区劳动、周末可与家人团聚，但平时晚上得回到监狱中来，等等。

当然，宽是政策和法律面前人人平等，而决不是为办理人情案、关系案提供契机。因此，在施行“宽”的政策时，加强对“宽”的监督，自是题中应有之意。

借用“私了”二字主要是提醒读者注意，过去我们对刑事案件私了是作为一种违法行为来对待的，不仅不承认，还要处理相关责任人。但刑事和解视野中的私了其实是在一定的主持人主持下所达成的和解协议。

其次，执法跟上。第一，在审前阶段，必须大幅度降低羁押率，适当降低起诉率。《公民权利和政治权利国际公约》从“无罪推定”出发，明确规定：“等待审判的人受监禁不应作为一般原则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决。”据此，许多国家都确立了“保释为原则，羁押为例外”的审前模式，但我国却相反，对犯罪嫌疑人实行的是以拘留、逮捕等羁押措施为原则、取保候审、监视居住等非羁押措施为例外的模式，办案机关和人员不习惯将取保候审等视为犯罪嫌疑人的一项权利，而更习惯将其视为自己手中的一项权力，其工作思路又是能捕的尽量捕，而不是能取保的尽量取保。而实践中又一旦捕了就要尽量起诉，一旦起诉又很少出现无罪，可见在我国逮捕环节是以“宽”济“严”的一个重要环节，对此，除了将来考虑在立法上做一些制度性的调整和改革外，可以在法律范围内扩大取保候审、监视居住的适用范围，并通过批捕检察官必须面见犯罪嫌疑人而不是书面审批等措施来切实减少不必要的审前羁押。只有将审前羁押率大幅度地降下来，才能为扩大缓刑的适用等宽缓措施创造基础。另外，现行刑法第142条第2款“相对不起诉”的规定给检察机关也提供了适当扩大不起诉范围的权力资源，目前实践中有检察机关尝试使用“缓起诉”的做法并取得好的效果，这种“良性违法”现象虽然在理论上是有是与非的争论，但对于转型时期的中国而言，也许是难免的，是法律现实主义对社会治理需要的回应，值得肯定，以便为将来正式入法积累经验。第二，在审判阶段，要用足用好法官手中的自由裁量权，在刑罚总量处于高位状态的情况下，实现刑罚的相对轻缓化。应当承认，目前我国刑法在总体上重刑色彩比较浓厚，而以“宽”济“严”又必须在法律的幅度内，因而这种“戴着脚镣跳舞”对审判人员提出了更高的要求，它需要法官对法律的精神有一种透彻的把握，在深厚的专业功底支撑下，用良知、勇气和技巧来编织权力之网，以实现政策的目的。例如，如何运用我国刑法第13条但书“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”来实现“出罪化”处理，如何运用第37条“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”来实现“免刑”处理，如何运用刑法第72条，适当扩大缓刑的适用比例，将那些符合缓刑条件的人，特别是偶犯、初犯、过失犯、少年犯等尽量不收监，都考验着作为法律和政策执行主体的法官的综合素质。第三，在审后阶段，要扩大假释的适用，推进社区矫正，并考虑在适当时候运用我国宪法中的特赦制度来赦免一批犯人。减刑、假释都符合“宽”的特征，但假释相比减刑而言，在过渡性等方面具有更大的优势，正因此，国外有学者认为“假释是矫正系统最成功的故事”。但我国目前的实践中普遍存在减刑适用率高而假释适用率低的不正常现象，如北京市2004年的减刑率在30%至35%之间，而假释率仅为2%；陕西省2001-2003年全省监狱平均减刑率为21.3%，平均假释率为3.47%，假释率也大大低于减刑率。这种局面应当扭转，应借鉴许多发达国家的经验，在行刑制度中实行以假释为主、减刑为辅的做法。根据我国青岛等地的经验，依据法定条件适当扩大假释率，对促进监狱管理和罪犯的改造都是有利的，尤其是对一些过失犯、老病犯、经济犯等非暴力犯罪人适用假释，所发挥的改造效果和促其回归社会的成效明显。[1]（P32）此外，社区矫正也体现了刑罚宽容轻缓的一面，我国自2003年《关于开展社区矫正试点工作的通知》下达以来，一些地方的经验表明，效果是好的，应继续推进或扩大这项工作。关于赦免，我国从1975年以来，30余年没有再适用过该制度，这主要与“严打”有关，也与我国宪法、刑法中的特赦规定比较原则、抽象，又没有单独的赦免法对赦免制度的内容、程序进行明确规定有一定关系。笔者曾在1999年呼吁过在国庆50周年对部分确已悔改的犯罪分子实行特赦，[11]现再次建议，在2008年北京奥运会前夕，特赦一批犯人，包括减轻一批犯人的刑罚和免除一批犯人的刑罚，前者如历次“严打”期间判刑较重的，后者如确已悔改的过失犯、被判处管制、拘役、一年以下有期徒刑的，以及过去计划经济条件下因投机倒把等罪名被判刑如今看来继续关押已属不公的犯人。

最后，立法突破。刑事和解、暂缓起诉、社区矫正等均存在现有法律依据不足的问题，这些

问题的最终解决有赖立法。另外，我国刑法的现状属于重刑结构模式，这就决定了“严”是主角、“宽”是配角，因为这种不均衡的刑事立法结构为从重“严打”提供了司法空间，是导致宽严失衡的直接动因。要改变这种重刑结构，也必须通过立法。有学者指出，我国刑罚体系存在着结构性的缺陷，这就是死刑过重、生刑过轻。从实际看，被判处死缓的，一般服刑 18 年左右就可以重获自由，被判处无期徒刑的一般服刑 15 年左右可以重获自由，被判处有期徒刑 15 年的，一般服刑 12 年左右可重获自由。这种结构性缺陷带来的不合理性是显而易见的。为此，应作如下改革：加重死缓和无期徒刑的处罚力度，被判处死缓的，原则上关押终身，少数减刑或假释的，最低应关押 30 年以上；被判处无期徒刑的，多数应关押终身，少数减刑或假释的，最低应关押 20 年以上；有期徒刑的上限提高到 25 年，数罪并罚的上限提高到 30 年。笔者同意该观点对于“死刑过重”的分析，但对于生刑过轻的分析，笔者则有不同看法，实际上，在德国这样的死刑废除国，其最高刑虽为终身监禁，但这类犯人 15 年后就可以被有条件地释放，实践中一般终身监禁犯平均执行刑期为 18 年。由是观之，我国目前死缓犯一般服刑 18 年左右获释并不值得大惊小怪。即便在目前的有期徒刑等刑罚幅度内，我国对于绝大多数犯罪特别是经济犯罪、财产犯罪和腐败犯罪等判处的刑罚严厉程度还是要甚于许多国家，在这种情况下，如果笼统地主张加重生刑，势必不利于实现我国刑罚的轻缓化。因此，笔者主张，原则上对现有的有期徒刑包括数罪并罚、无期徒刑上限不做改变，但可专门针对现有的死刑条款设置一种替代刑——有别于目前的无期徒刑的终身监禁，对这种终身监禁可抬高其最低关押期限，并不得减刑，严格假释程序。

还应看到，为实现“以宽济严”，有的制度只能通过立法才能解决。如我国刑法第 63 条第 2 款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”这是对 1979 年刑法关于此内容的重大修改。然而从实践看，这一修改使该项制度名存实亡，不利于缓解法与情、一般公正与个别公正之间的紧张关系。例如，刑法第 263 条关于抢劫罪的 8 种加重处罚事由的规定，以单一的情节决定在 10 年以上处刑，带来量刑过重的问题，如其中冒充军警人员抢劫的应处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产，现实中有人冒充派出所民警，以威胁方法劫得 200 元人民币的案件，因为符合上述规定至少要判处 10 年以上有期徒刑，显然过重。像这样的案件都要层报最高人民法院决定在法定刑以下判处也不现实，因此对该减轻权应重新设置，可考虑恢复到 79 年刑法的经人民法院审判委员会决定、再增加报上一级人民法院批准的内容。又如，我国刑法第 310 条规定的窝藏、包庇罪，将父母、子女、夫妻也包括在犯罪主体之内，这既与我们古代的“亲亲相隐”法律传统相悖，也不符合当今世界大多数国家将近亲属排除在此类犯罪主体之外的立法例，从人性出发，建议对窝藏、包庇配偶（包括同居者）或近亲属的犯罪行为而未经事先通谋的，作除罪化处理。[12] 此外，像前科消灭等体现刑法谦抑精神的制度，都有必要在刑法上得到反映。

参考文献：

- [1] 陈兴良. 宽严相济刑事政策研究 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2007.
- [2] 杨春洗. 刑事政策论 [M]. 北京：北京大学出版社，1994.
- [3] 肖扬. 中国刑事政策和策略问题 [M]. 北京：法律出版社，1996.

据说德国宪法法院曾经裁决：使人看不到释放希望的终身监禁是违宪的。而且德国有研究表明：如果终身监禁犯经过心理医生和精神病医生鉴定，释放出去后对社会不再具有危险的话，18 年左右是释放出去的合适时机，再关久了，可能犯人就永远失去了回归社会的能力。参见刘仁文：“在德国参观监狱”，载《检察日报》，2007 年 10 月 10 日。

我国 1979 年刑法第 59 条规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚。”

- [4] 侯宏林. 刑事政策的价值分析 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [5] 马克昌. “和谐社会与中国现代刑法建设——纪念新刑法典颁行十周年学术研讨会”上的发言 [EB/OL].
http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&ProgramD=1230&pkD=11582
- [6] 周道鸾. “和谐社会与中国现代刑法建设——纪念新刑法典颁行十周年学术研讨会”上的发言 [EB/OL].
http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&ProgramD=1230&pkD=11582
- [7] 高铭暄. “和谐社会与中国现代刑法建设——纪念新刑法典颁行十周年学术研讨会”上的发言 [EB/OL].
http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&ProgramD=1230&pkD=11582
- [8] 邓红阳. “判前赔偿减刑”一类制度为何屡次引发争议? [N]. 法制日报. 2007-9-28
- [9] 陈瑞华. 刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起 [J]. 中国法学. 2006, (5).
- [10] 郭建安. 社区矫正制度: 改革与完善 [A]. 陈兴良. 刑事法评论: 第14卷 [C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [11] 刘仁文. 关于在国庆50周年对部分确已悔改的犯罪分子实行特赦的建议 [A]. 具体权利——刘仁文法学随笔续编 [C]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.
- [12] 刘仁文. 法意与亲情 [A]. 想到就说——刘仁文法学随笔选萃 [C]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.

责任编辑: 徐岱

On Criminal Policy of Temper Justice with Mercy

LIU Ren - wen

(Institute of Law, China Academy of Social Sciences, Beijing, 100720)

Abstract: As a fundamental criminal policy, the criminal policy of temper justice with mercy is a necessity of constructing a socialist harmonious society. The meaning of it is realizing temper justice through mercy. Three aspects should be included for this end: the acceptance in notion; the follow up of executive of law and the breakthrough of legislation.

Key words: temper justice with mercy; criminal policy