

略论刑事政策的概念与范围

刘仁文*

内容提要:刑事政策,是刑事立法和刑事司法都予以关注的核心概念,然而,目前对于如何理解刑事政策以及刑事政策的范围,理论上仍然是众说纷纭,难以达成共识。本文在比较研究的基础上,重新诠释了刑事政策的概念;并在比较的基础上,赞同广义的刑事政策的范围。

主题词:刑事政策 刑事政策学 概念 范围

一、刑事政策的概念

任何理解和解释都依赖于理解者和解释者的前理解(Vorverständnis),这是海德格尔在其《存在与时间》一书中就指出过的,他在那里写道:“把某某东西作为某某东西加以解释,这在本质上是通过先有、先见和先把握来起作用的。解释从来就不是对某个先行给定的东西所做的无前提的把握。如果像准确的经典释文那样特殊的具体的解释喜欢援引‘有典可稽’的东西,那么最先的‘有典可稽’的东西无非只是解释者的不言自明的无可争议的先入之见。任何解释一开始就必须有这种先入之见,它作为随同解释就已经‘被设定了’的东西是先行给定了的,也就是说,是在先有、先见、先把握中先行给定了的。”对“刑事政策”概念的理解,我们首先需要借助“政策”这个属概念的“先有”知识。

什么是“政策”?笔者曾在综合中外学者对政策定义的基础上,对“政策”的内涵作过如下描述:1.政策是一种权威性输出;2.政策是一种选择;3.政策是一个过程;4.政策具有鲜明的目的、目标或方向;等等。同时,对“政策”的基本要素作如下列举:1.政策主体,如政党、国家、政府、人们、团体、政治实体、政治

系统。2.政策属性,如行为规范、行为准则、政治行为、活动过程、权威性决定的输出、权威性的价值分配、大型计划。3.政策作用范围,如在一定的历史时期内,在某一特定的环境下。4.政策目的,如为表达统治阶级的利益要求,为完成一定的任务,为达到某一既定目标,等等。“刑事政策”作为“政策”的一个种概念,它除具有“政策”的一般属性外,还具有自身的一些特性。那么,什么是“刑事政策”呢?让我们来回顾一下中外学者这方面的“先见”观点。总的看,学者们对刑事政策的认识大相径庭,存在着极大的分歧。有两位中国学者的评论为证:储怀植教授认为“至今几乎所有关于刑事政策的著述,找不到两个完全相同的刑事政策定义”,曲新久教授认为“有多少个刑事政策研究者大概就有多少种刑事政策概念”,因此,刑事政策定义呈现出四分五裂、支离破碎的局面,被人称为“一个歧义丛生的概念”。

现将中外较有代表性的刑事政策定义简介如下:

被西方学者誉为“刑事政策之父”的德国学者费尔巴哈于1800年最早使用了“刑事政策”(Kriminalpolitik)一词,认为:“刑事政策是国家据以与犯罪

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

海德格尔:《存在与时间》,1979年德文版,第150页,转引自加达默尔:《真理与方法》译者序言,第7页,上海译文出版社1999年版。

参见刘仁文:《刑事政策及其过程》,http://www.jcrb.com/zyw/liurw/index.htm

储槐植:“刑事政策:犯罪学的重点研究对象和司法实践的基本指导思想”,载《福建公安高等专科学校学报:社会公共安全研究》1999年第5期。

曲新久:《刑事政策的权力分析》,博士学位论文,中国政法大学2001年印行,第12页。

参见何秉松主编:《刑事政策学》,群众出版社2002年4月版,第35页。

参见[日]藤木哲也:《刑事政策讲义》,青林书院1987年版,第3页。该书作者认为费尔巴哈大约在1800年或1803年首先使用该词。我国有学者认为:“刑事政策这一概念最早出现在18世纪末19世纪初德国刑法学教授克兰斯洛德与费尔巴哈的著作中。”(参见[法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂著:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年12月版,第1页。)

作斗争的惩罚措施的总和,是‘立法国家的智慧’。”另一与费尔巴哈同时期的德国刑法学家克兰斯洛德(Kleinschrod)认为:“刑事政策是立法者为了预防、阻止犯罪、保护公民自然权利并根据各个国家具体情况而采取的措施。”将刑事政策主体定位于“立法国家”、“立法者”,在今天看来显然过窄,但这是与刑事政策最初是作为刑法的指导观念和思想而存在,因而是与刑事立法政策的背景联系在一起。

上述概念在经过相当长时间的沉寂之后,到20世纪初由李斯特加以复兴,并被赋予了新的更广的内容。李斯特认为,刑事政策的概念可分三个层面加以说明:一是最广义说,即“刑事政策系以研究犯罪原因及刑罚之作用为基础之各种原则,从而国家乃依此原则籍刑罚及类似制度对犯罪展开斗争之谓也。”^①二是广义说,即“刑事政策系国家以刑罚及类似刑罚之各种制度(教育设备,感化制度,劳役场所等)为手段,而与犯罪展开斗争之各种原则之整体也。”^②三是狭义说,即“刑事政策并非针对社会关系,而系对个人发生作用者,因此它是以在个人生活现象所发生之犯罪为对象,惟此并非达成既定目的之唯一手段,而应与个人之改善教育为任务之全部处置共同发生作用也。”^③李斯特的刑事政策定义引起了各国刑事政策学者的注意,很多人在此基础上提出了自己的定义,如法国的Donnedieu de Vabres认为:“刑事政策(Politique Criminelle)就是国家对犯罪所作出的反应,其作用是对犯罪进行惩罚。”^④法国另一位著名的刑事政策学家马克·安塞尔认为:“刑事政策是由社会,实际上也就是由立法者和法官在认定法律所要惩罚的犯罪、保护‘高尚公民’(更确切一点说)时所作的选

择。”^⑤这种广义刑事政策学观点至今仍被法国的刑事政策学者所采纳,如米海依尔·戴尔玛斯-马蒂认为:“刑事政策就是社会整体据以组织对犯罪现象反应的方法的总和,因而是不同社会控制形式的理论与实践。”^⑥

在日本学术界,刑事政策一词首先于1897(明治30)年由德语翻译而成。^⑦其后不断有学者对刑事政策下达定义,如藤木英雄认为:“刑事政策系以犯罪之镇压、防止为目的之公私组织之活动。”^⑧田中政义认为:“刑事政策系国家、自治团体抑民间团体,籍刑罚或类似刑罚之方法或制度,以达直接防止犯罪与矫正犯罪为目的,更且为排除因犯罪所生之社会的恶害,考究其手段与方式,以对犯罪实施斗争之谓。”^⑨大谷实认为:“所谓刑事政策,是国家机关(国家和地方公共团体)通过预防犯罪、缓和犯罪被害人及社会一般人对于犯罪的愤慨,从而实现维持社会秩序的目的的一切措施政策,包括立法、司法及行政方面的对策。”^⑩他还认为,其所奉行的是界于最广义刑事政策说与最狭义刑事政策说之间的狭义刑事政策说,至于最广义刑事政策说,即认为“刑事政策是指国家有关犯罪的所有的对策”,“对象过于广泛,和社会政策等难以区分。”而最狭义刑事政策说,即认为“刑事政策是指对犯罪人及具有犯罪危险性的人所采取的强制措施”,“对象过于狭窄,会将少年的不法行为之类的重要事项从刑事政策的领域中遗漏。”^⑪

在英美等国,过去鲜有刑事政策的定义,甚至“刑事政策”一词也是在二战以后才渐有使用的,而且至今并不普遍。^⑫但这并不是说,在这些国家就不存在刑事政策的研究。相反,他们对刑事政策的研究也是

转引自前引, [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂书,第1页。

转引自卢建平:“社会防卫思想”,载高铭暄、赵秉志主编:《刑法论丛》,法律出版社1998年5月版,第134页。

参见前引,曲新久文,第1页。

① Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I. Bd., 1905, S. 292. 转引自谢瑞智:《刑事政策原论》,台北1978年版,第3页。

② Liszt, a. a. O., S. 291. 转引自前引,谢瑞智书,第3页。

③ Liszt, a. a. O., II. Bd., S. 15. 转引自前引,谢瑞智书,第3页。大陆学者对李斯特刑事政策概念之介绍没有这么详细,流行的说法是李斯特将刑事政策界定为“国家和社会据以与犯罪作斗争的原则的总和。”参见前引,卢建平文。

④ 杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年6月版,第4页。

⑤ 马克·安塞尔著:《新刑法理论》,卢建平译,香港天地图书有限公司1990年版,第6页。

⑥ 前引, [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂书,第1页。

⑦ 参见谢瑞智:《中外刑事政策之比较研究》,台北中央文物供应社1987年6月版,第3页。

⑧ 前引,谢瑞智书,第5页。

⑨ 前引,谢瑞智书,第5页。

⑩ [日]大谷实著,黎宏译:《刑事政策学》,法律出版社2000年11月版,第3页。

⑪ 前引,大谷实书,第3页。

⑫ 参见前引,谢瑞智书,第4页。

全方位的,在许多领域甚至是相当深入和发达的,如刑罚改革、监狱改良等,只不过这些内容被分别纳入犯罪学(Criminology)、刑事司法学(Criminal Justice)、刑罚学(Penology)等学科中罢了。值得注意的是,近年来,英美国家以刑事政策冠名的著作开始增多,如牛津大学犯罪学研究中心主任罗杰·胡德教授分别于1989年和1999年主编了《欧洲的犯罪与刑事政策》和《欧洲的犯罪与刑事政策的转型》两书,分别收进了欧洲数国学者对犯罪预防、犯罪被害者的抚慰、非监禁化、毒品政策等问题的研究成果。^①还有的对刑事政策下了定义,如安德鲁·卢瑟福于1996年出版的《刑事政策转轨》一书中对刑事政策定义如下:“刑事政策,广义来说,可以被认为是社会整体对由于犯罪现象所引发的问题的具体反应。其中心内容包括:刑法的界限(包括个人责任的界限);在刑事诉讼各个阶段与犯罪作斗争的措施;为防止任意搜查和逮捕以及为确保公平、公正和体面对待所提供的保护;在执行刑法时无论性别、阶级、种族,一律不偏不倚;被害人的地位;最后,还有更深更广的犯罪预防领域。”^②在另一本由安德鲁·卢瑟福于1997年主编出版的《刑事政策的制定》一书中也对刑事政策下达了类似的定义,并强调指出:“‘刑事政策’可以将‘刑罚政策’和‘刑事司法’归入其中,但决不仅限于此,它还包括对个人权利和对犯罪预防(或者更确切一点说,对减少犯罪)的关注。”^③

在我国台湾地区,林纪东先生于1957年完成的《刑事政策学》一书被认为是该地区第一本系统研究刑事政策学的著作。在该书中,作者谈到,刑事政策大致可分为广义和狭义两说:广义说认为“刑事政策是探求犯罪的原因,从而树立防止犯罪的对策”;狭义说则认为“刑事政策是探求犯罪的原因,批判现行的刑罚制度,及各种有关制度,从而改善或运用现行刑罚制度,及各种有关制度,以期防止犯罪的对策。”^④作者认为:广义说看到了刑事政策的根本处,远大处,正确表现了刑事政策的含义,因而是正确的。但若据此

确定刑事政策学的范围,则范围过于宽泛,故由刑事政策学的内容说,似应由狭义说的观点出发,把刑事政策学的内容集中在以下几点:1. 犯罪原因之研究;2. 现行刑罚及各种有关制度之批判;3. 如何改善或运用现行刑罚制度之研究;4. 如何改善或运用各种和刑罚有关制度之研究;5. 而其最终之目的,则在犯罪之防止。^⑤另一位台湾学者张甘妹在其1979年出版的《刑事政策》一书中也认为:刑事政策大体上可以分为广义与狭义二种,“就广义言,刑事政策得谓国家以预防及镇压犯罪为目的所为一切手段或方法。狭义之刑事政策,得谓为国家以预防及镇压犯罪为目的,运用刑罚以及具有与刑罚类似作用之诸制度,对于犯罪人及有犯罪危险人所作用之刑事上之诸对策。”^⑥也有的学者不采广义说和狭义说之区分法,如谢瑞智博士就认为:“刑事政策者,国家或自治团体为预防或镇压犯罪所讲求之各种措施也。”^⑦

在大陆学界,几本专门研究刑事政策学的著作分别对刑事政策进行了定义,如马克昌教授主编的《中国刑事政策学》认为:我国的刑事政策“是指中国共产党和人民民主政权,为了预防犯罪,减少犯罪,以至消灭犯罪,以马列主义、毛泽东思想为指导,根据我国的国情和一定时期的形势,而制定的与犯罪进行有效斗争的指导方针和对策。”^⑧杨春洗教授主编的《刑事政策论》认为:“刑事政策是国家或执政党依据犯罪态势对犯罪行为 and 犯罪人运用刑罚和有关措施以期有效地实现惩罚和预防犯罪的方略。”^⑨我国的刑事政策是我们党和国家为有效地惩罚和预防犯罪,依据我国的犯罪状况和犯罪产生的原因而确定的,对犯罪行为和犯罪人,区别不同情况,运用刑罚或其他处罚手段的行动准则和方略。^⑩肖扬先生主编的《中国刑事政策和策略问题》认为:“刑事政策和策略,简略来说就是一个国家在同犯罪作斗争中,根据犯罪的实际状况和趋势,运用刑罚和其他一系列抗制犯罪的制度,为达到有效抑制和预防犯罪的目的,所提出的方针、准则、决策和方法等。”^⑪目前在我国,刑事政策和策略

^① 参见 [英] Crime and Criminal Policy in Europe, Edited by Roger Hood, First published in 1989 by University of Oxford; The Changing Face of Crime and Criminal Policy in Europe, Edited by Roger Hood and Nestor E Courakis.

^② 参见 [英] Andrew Rutherford, Transforming Criminal Policy, Published 1996 by Waterside Press, P. 11.

^③ 参见 [英] Andrew Rutherford Ed., Criminal Policy Making, Published 1997 by Dartmouth Publishing Company Limited, P1.

^④ 参见林纪东:《刑事政策学》,台湾正中书局1963年修订版,第3—4页。

^⑤ 张甘妹:《刑事政策》,台湾三民书局1979年版,第2—3页。

^⑥ 前引,谢瑞智书,第17页。

^⑦ 马克昌主编:《中国刑事政策学》,武汉大学出版社1992年版,第5页。

^⑧ 前引,杨春洗书,第7页、第155页。

是党和国家制定的,或者政法机关制定并经党和国家肯定、推行的运用刑事法律武器同犯罪作斗争的一系列方针、措施、政策、办法的总和。^①何秉松教授认为:“刑事政策是指国家基于预防犯罪、控制犯罪以保障自由、维持秩序、实现正义的目的而制定、实施的准则、策略、方针、计划及具体措施的总称。”^②此外,还有不少学者在有关论著和辞书中表达了自己对刑事政策定义的看法。^③

通过前述对刑事政策定义的列举,我们可看出,中外学者至少在以下几方面存在分歧或不同:

第一,刑事政策的主体。刑事政策的主体是国家、国家机关,亦或包括政党甚至社会(团体)?还是应当将刑事政策的主体定义为社会整体?如果将社会整体作为刑事政策的主体,那么除了国家机关、社会组织外,公民个人是否属于刑事政策的主体?

第二,刑事政策的范围。是仅限于立法领域,还是包括司法等领域?是仅仅限于刑事法律领域,还是包括社会政策领域?如包括社会政策领域,“社会政策”的范围如何界定?

第三,刑事政策的手段。是限定在刑罚范围内,还是予以进一步的扩充?如果扩充的话,扩充的范围如何?是扩展到与刑罚制度相联系的有关制度,还是扩展到能够抑制犯罪的所有手段和措施?

第四,刑事政策的目的。刑事政策是单纯为了预防、控制和惩治犯罪呢还是也包括对犯罪嫌疑人和犯罪人的权利保障?亦或有更高层次的目的?等等。

笔者认为,刑事政策是指代表国家权力的公共机构为维护社会稳定、实现社会正义,围绕预防、控制和惩治犯罪所采取的策略和措施,以及对因此而牵涉到的犯罪嫌疑人、犯罪人和被害人所采取的态度。该定义包含或隐含了以下几方面的具体涵义:

第一,刑事政策的内容从总的方面看,包括三个基本方面:第一方面是如何有效地预防、控制和惩治

犯罪,这是刑事政策的首要内容。这一点大多数学者的看法应当是相似的,只不过在具体措辞上学者们常常交叉使用预防、控制、抑制、减少、制止、防止、遏制等术语,笔者在这里使用“预防、控制和惩治犯罪”的基本思路是:预防着眼于未然,惩治着眼于已然,而控制则着眼于将已经出现或已经有一定规模的犯罪现象控制在最低限度。第二个方面是如何对待犯罪嫌疑人和犯罪人。这一点可能不是所有的学者都同意,因此有必要稍加展开。综观人类历史,一部刑罚史总的来说就是不断从野蛮走向文明的历史,不断从不把犯罪人和犯罪嫌疑人当人看走向把犯罪人和犯罪嫌疑人当人看的历史,特别是近代以来,人道主义和人权在刑事政策中受到越来越多的重视,在对待犯罪嫌疑人和犯罪人的方式上越来越文明,许多残酷的刑罚和刑罚执行方式都相继被废除,这种演变是刑事政策从单纯关注惩治犯罪到关注犯罪嫌疑人和犯罪人的结果。刑事政策第三个方面的基本内容是对犯罪被害人的关注。从历史上看,在现代诉讼制度建立之前,被害人是作为起诉者和控告者的角色参与诉讼的,现代诉讼制度建立之后,犯罪被认为是国家利益的侵害,由国家专门的公诉机关来提起诉讼,此后被害人的权利不断萎缩。^④在“罪犯本位观”的刑事司法政策下,刑事被告人逐步成为关注的重点,对他们的权利保障也日益受到重视。“因此,尽管刑事司法制度建立的初衷是为了保护被害人的利益,但却常常使人感到刑事司法机构是为了保护犯罪人的利益和满足犯罪人的要求建立的,而不必太关注被害人的需要和权利。”^⑤自上个世纪60年代起,被害人在各国刑事诉讼中的地位逐渐受到重视,被称为“恢复被害人权利”的活动得到迅速发展。导致这一变化的主要原因有三:一是基于人道主义考虑,认为减轻被害人的痛苦和损失是社会应负的人道主义责任,符合社会正义的要求;二是由于西方国家风起云涌的民权运动

^① 肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社1996年版,第2、3页。

^② 前引,何秉松书,第39页。

^③ 参见前引,曲新久文,第12—14页。

^④ 有的学者把犯罪被害人的诉讼角色追溯到奴隶社会初期,认为那时被害人处于刑罚执行者的地位。(参见孙孝福:《刑事诉讼人权保障的运行机制研究》,法律出版社2001年7月版,第145页)由于笔者对此没有研究,而该学者的论述又还不足以使笔者摆脱存疑心态,只好采取不探本求源的方式来行文。实际上,在触及刑事政策的历史渊源等问题时,也同样有此种心态。所以,历史学家早就敏锐地意识到谈及“渊源”的危险性。无论一个人从过去的什么地方起步,也许都会有更早的开端。正如《英国法律史》的作者梅特兰在论及历史的统一性时所言:“任何力图了解它的某个片段的人都必须意识到,他的第一个句子就撕裂了一张没有接缝的网。”(转引自[美]哈罗德·J·伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1996年版,第57页。)

^⑤ 孙孝福:《刑事诉讼人权保障的运行机制研究》,法律出版社2001年7月版,第145页。

和被害人权益保障运动的影响。最早强烈要求对其进行特别保护的是性犯罪的女性被害人及其支持者,他们强烈要求设立强奸案件被害人救援中心和咨询机构,修改在审判中使她们陷入困境的证据规则。三是西方国家的矫正实践表明,各种矫正罪犯的学说及其措施均未取得理想的效果,人们开始对彻底改造罪犯人失去信心,转而考虑对刑事被害人的保护。此外,对刑事被害人与犯罪人的和解、对被害人的赔偿和补偿等都被作为有效的刑事制裁措施和犯罪人回归社会的重要因素加以认识。^①在上述背景下,各国纷纷通过立法和司法改革来加强刑事诉讼对刑事被害人的保障,刑事被害人的权益与地位不断得到改善。我国1996年修订刑事诉讼法时,也顺应了这一时代要求。^②可见,把对刑事被害人的政策作为刑事政策的一部分独立内容来看待,实有必要。

第二,刑事政策的根本目的是维护社会稳定、实现社会正义。首先,刑事政策的首要目的是维护社会稳定。预防、控制和惩治犯罪,是为了从整体上减少犯罪或者在某些个别领域消灭犯罪,^③把犯罪对国家、社会和人们所造成的威胁降低到最低限度,确保社会的各项事业和人们的生活正常进行。从此出发,当一个国家和社会的稳定受到威胁时,国家就会在预防、控制和惩治犯罪方面作出一系列理性的甚至是本能的反应。例如,美国“9·11”恐怖事件发生后,美国政府基于维护社会稳定的需要,一方面在国内出台了一系列预防恐怖犯罪活动发生的措施和有利于打击、搜捕恐怖分子的政策如加强机场等公共设施的安全检查,加强对来自阿拉伯地区的人员的盘问和调查等,另一方面甚至发动了旨在消灭恐怖分子头目拉登的阿富汗战争。其次,实现社会正义也是刑事政策所追求的根本目的。尽管正义的含义十分广泛,并且在不同的历史时期含义不尽相同,^④但有一点毋庸置疑,就是当刑事政策主体在推出一项刑事政策时,他

总是认为是正义的,是为实现其正义的目标服务的。从这个意义上来说,任何统治阶级和统治者都在追求一种“形式正义”,而不可能是明知非正义仍去追求它。当然,随着社会的进步和民主法治的发展,正义的应然性内容在今天也取得越来越多的共识,如惩罚犯罪应使之罪与刑相适应,不应破坏罪刑关系的一般功利规律和伦理公正观念;犯罪嫌疑人和犯罪人也是人,他们应享有相应的权利;犯罪被害人不能成为被遗忘的群体,等等。可以说,这些内容正成为现代文明国家的刑事政策的重要追求。

第三,刑事政策的决策主体是代表国家权力的公共机构。无论是制定一项新的刑事政策,还是调整或终止一项旧的刑事政策,其决策主体只能是代表国家权力的公共机构。虽然在现代刑事政策决策过程中,社会组织和经济组织乃至某些个人都会通过一定的渠道或途径对决策者形成某种影响,有的甚至于形成利益集团,间接地参与到制定刑事政策的“权力游戏”之中,^⑤但是从最终的决定权来看,刑事政策仍然是被国家权力所垄断的。至于“代表国家权力的公共机构”包括哪些,各个国家不完全一样。一般而言,政府、权力机关、司法机关都是代表国家的公共机构。但在政党问题上,则差别较大,在西方,在野党获得执政党地位后即退到台下,并不以组织的身份介入公共管理活动,换言之,并不叠架于国家机构之上,在公共政策领域发挥作用的主要渠道是赢得选举后将自己的竞选纲领作为政府施政的依据,但在我国,作为执政党的中国共产党既非权力机关,也非国家机构,但在中国公共政策决策中占据着领导地位,这是宪法所确认的,也为政策学者所公认。^⑥另外,具体到政府、权力机关和司法机关,其内部结构各国也是有区别的,如美国的联邦调查局直属于司法部之下,而我国公安部则与司法部属平行关系;又如,在我国,司法机

^① 参见陈光中、(加)丹尼尔·普瑞方廷主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第240-241页。

^② 参见刘根菊:《关于公诉案件被害人权利保障问题》,载樊崇义主编:《刑事诉讼法专论》,中国方正出版社1998年版。

^③ 现代犯罪学以犯罪现象不能被彻底消灭而只能被最大限度地减少为出发点,由此出发,刑事政策并不认为犯罪可以在一个可预见的时期内能够被彻底消灭,“消灭犯罪”是一个过高的不能为经验所验证的不切实际的目标。因此,承认犯罪不可避免应当是刑事政策的逻辑起点。参见何秉松主编:《刑事政策学》,群众出版社2002年4月版,第42页。

^④ 美国法学家博登海默说:“正义有一张普洛透斯似的脸,可随心所欲地呈现出极不相同的模样。当我们仔细辨认它并试图解开隐藏于其后的秘密时,往往会陷入迷惑。”(E.博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,转引自夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社2001年7月版,第29页。)我国学者朱苏力也指出:“‘正义’这个词太抽象了,太大了,它可以包括几乎一切……它往往被不同的人用来投射自己的情感、正当化自己的欲求的一个工具。”(朱苏力:《感受中国法律的现代性》,载赵汀阳主编:《现代性与中国》,广东教育出版社2000年版。)

^⑤ 参见前引①,何秉松书,第40页。

^⑥ 参见前引①,何秉松书,第40页。

关包括人民法院和人民检察院,而在国外,许多国家的司法机关仅指法院,检察机关常常属于政府的组成部分。还有,“代表国家权力的公共机构”不仅仅是指中央层面的,也包括地方层面的,因为即使是地方层面的,它们行使权力时也是依据宪法和法律代表国家来行使的。至于刑事政策决策权的地方层面主体应具体到哪一个层次,这是值得探讨的。在我国,作为国家权力代表的梯级依次从中央到省(直辖市、自治区)到县(市)再到乡镇,我认为刑事政策决策权以县一级为最低级为宜,而且即使是在县一级,其刑事政策决策权也是有限的,它只能在国家法律和上级刑事政策的框架内活动(省一级的刑事政策决策也是如此)。

至于在刑事政策执行领域,虽然仍以“代表国家权力的公共机构”为主,但此时有的刑事政策执行并不排斥甚至需要社会组织和经济组织乃至个人来予以协助执行。

第四,刑事政策是一个系统。该系统可以从不同角度进行观察:从构成看,刑事政策是由多个个体政策组成的群体政策。“任何国家在同一时期内都不可能只存在一、二项刑事政策,而是有一组(一群)刑事政策。”^①从结构看,它是由总体刑事政策和具体刑事政策、全国性刑事政策和区域性刑事政策、长期性刑事政策和临时性刑事政策等组成的有机整体。从范围看,它不仅包括刑事立法政策、刑事司法政策、刑事执行政策,还包括刑事社会政策。从手段上看,它不仅包括刑罚手段及与刑罚相关联的手段如保安处分等,而且包括预防、控制和惩治犯罪的一切手段,以及对待犯罪嫌疑人和犯罪人、改善犯罪被害人处境的相应手段。从中心词看,它落脚于“策略”和“措施”,前者可以说是从宏观上着眼,后者可以说是从微观上着眼,它们可以囊括众多刑事政策著作中的所谓准则、策略、方针、方略、计划、措施、方式、方法、办法等一系列中心词,并且不是将这些中心词简单地甚至是杂乱无章地加以堆砌,而是把它们视为国家对犯罪现象及犯罪嫌疑人、犯罪人和犯罪被害人的整体反应。在这一点上,有的学者也发表了类似的观点,他们认

为:“不宜将刑事政策仅仅归结为‘准则’与‘方针’等单称的概念或者术语。如此简单地处理刑事政策概念,将会彻底架空刑事政策的丰富含义,并极大地局限我们的研究视野。”^②

第五,刑事政策存活于过程中。从刑事政策问题的出现与形成,到刑事政策决策的制定及其合法化,再到刑事政策的执行、刑事政策的监控、刑事政策的评估,最后到刑事政策的继续、调整或终止,这是一个动态的、完整的过程,刑事政策就存活于这样一个过程中。“正如要科学地制定法律需要一部立法法,保证公正的判决需要法定的诉讼程序一样,要制定出切实可行的刑事政策,也必须对刑事政策的动态过程即刑事政策的制定、执行、评估等予以研究,研究如何科学地决策刑事政策,这样才能保证刑事政策的静态结果在动态的过程中得以科学合理地产生和演进,使刑事对策在刑事决策的控制下吸纳合理有益的因素、排除不利因素而更有助于犯罪的预防和控制。”^③

二、刑事政策的范围

在刑事政策范围上,中外学者同样存在认识分歧。如前所述,李斯特认为,刑事政策可分为最广义说、广义说和狭义说。李氏本人虽然主张在具体层面上将刑事政策与社会政策做适当的区分,认为“社会政策的使命是消除或限制产生犯罪的社会条件,而刑事政策首先是通过犯罪人个体的影响来与犯罪作斗争”,^④但从其名言“最好的社会政策是最好的刑事政策”来看,我们似不应把他归入狭义说,而应属广义说甚至是最广义说。^⑤又如,大谷实认为,对刑事政策范围有三种观点,一是认为“刑事政策是指国家有关犯罪的所有的对策”,他称之为最广义说;一是认为“刑事政策是指对犯罪人及具有犯罪危险性的人所采取的强制措施”,他称之为最狭义说;而他本人则持中间观点,认为“所谓刑事政策,是国家机关(国家和地方公共团体)通过预防犯罪、缓和犯罪被害人及社会一般人对于犯罪的愤慨,从而实现维持社会秩序的目的的一切措施政策,包括立法、司法及行政方面的

① 储怀植:《刑事政策的概念、结构与功能》,载《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年1月版。

② 前引,何秉松书,第45页。

③ 前引,何秉松书,第58—59页。

④ 参见[德]李斯特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年5月版,第13页。

⑤ 台湾学者谢瑞智认为,李斯特的“最好的社会政策是最好的刑事政策”之名言应属广义说。(参见前引谢瑞智《刑事政策原论》书,第3页。)而大陆学者一般倾向于将其归入最广义说。笔者没有找到李斯特原文出处,因而无法从上下文得知其准确含意,但这种理解上的歧异我想跟“社会政策”范围的界定也有关系。到底什么是社会政策,刑事政策视野中的社会政策范围如何,请参看下文的论述。

对策。^①而木村龟二则认为,刑事政策可以归纳为五种:“第一,在最广义上说,刑事政策意味着有关预防和克服犯罪现象的一切方针策略;在这个意义上的小刑事政策,并不限于立法政策,而是包含其他一切犯罪对策特别是社会政策、教育政策等,不仅包含刑法的对策,而且包括刑法以外的方法的对策。第二,刑事政策意味着通过对犯罪人以及有犯罪危险的人实行个别化所采用的对策;这个意义上的刑事政策,虽然将最广义上的社会政策一概排斥在刑事政策之外,但它并不限于刑罚政策,而是包含了刑罚之外的方针策略,而且也不限于立法政策。第三,刑事政策意味着对犯罪的立法政策,虽然立法政策以外的政策被排斥在外,但作为立法内容的事项范围没有受限制。第四,刑事政策意味着直接作为犯罪对策的刑法以外的处分,这种刑事政策不一定限于立法政策,但将社会政策排斥在外,而且将刑法中的犯罪对策排斥在外。第五,将刑事政策理解为,基于合目的的犯罪对策的见地,对现存的犯罪对策进行批判、修正、补充;将刑法作为现存的犯罪对策的中心来理解。”^②木村龟二本人,则将刑事政策理解为批判现行刑法的犯罪政策、对之应如何改正的立法政策。^③

在我国台湾地区,林纪东、张甘妹等学者也分别将刑事政策分为广义说和狭义说。林纪东认为,对照广义说和狭义说,两说的共同点在于“都以探求犯罪的原因作为刑事政策的起点,以防止犯罪为刑事政策的目标”,两说的不同点在于“狭义说以改善或运用现行刑罚制度等为范围,广义说则不限于这个范围。”^④张甘妹进一步指出:“依广义说,刑事政策之防止犯罪目的不必是直接、积极的或主要的,而凡与犯罪之防止有间接或从属的目的之方法亦可属之。伸言之,广义的刑事政策并不限于直接地以防止犯罪为目的之刑罚诸制度,而间接的与防止犯罪有关的各种社会政策,例如居住政策、教育政策、劳动政策(失业政策)及其他公的保护政策等亦均包括在内。”^⑤

在我国大陆,也有学者遵循广义与狭义之思路,

对刑事政策的范围进行圈定。如王牧教授认为:狭义的刑事政策是指国家为打击和预防犯罪而运用刑事法律武器与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策,它涉及的内容主要是刑事立法、司法和司法机关的刑事惩罚措施。广义的刑事政策是指国家为打击和预防犯罪而与犯罪作斗争的各种手段、方法和对策,它不仅包括以直接防止犯罪为目的的各种刑罚政策,还包括能够间接防止犯罪的有关的各种社会政策。^⑥甘雨沛教授也将刑事政策区分为广义刑事政策与狭义刑事政策,认为广义刑事政策是指国家以一般预防犯罪为主要任务,对一般犯罪、犯罪者和显然有犯罪危险的诸多现象直接采取相应的镇压、抑制、预防的对策措施;狭义刑事政策是指国家以特殊预防犯罪为中心任务,以改造教育犯罪者为基准,对个别犯罪类型和犯罪者采取针对性的镇压、抑制、预防的对策措施。^⑦

综上,我们可以看出,如同刑事政策的概念一样,刑事政策的范围也是见仁见智。且不说“二分法”、“三分法”、“五分法”的显然不同,就是在使用相同的字眼如“广义”与“狭义”以及“最广义”与“最狭义”时,其具体含义也是有差别的。难怪有的学者在经过对刑事政策概念和范围的考察之后,得出如下印象:“如何在最广义刑事政策与最狭义刑事政策之间选择刑事政策的范围,有机协调地定义刑事政策概念,始终存在着很大的困难。”^⑧

笔者对刑事政策的范围持广义说,这是首先需要表白的。但由于“广义说”的含意是如此地不确定,因此有必要对这里使用的“广义说”加以澄清。大体说来,本人所谓的“广义说”包含了以下三方面的基本含义:

首先,刑事政策不仅包括对犯罪的预防、控制和惩治,还包括对犯罪人、犯罪嫌疑人和犯罪被害人的态度。其理由除了前面在刑事政策定义之讨论中所陈述的外,还要特别补充一点,那就是将对犯罪人、犯罪嫌疑人和犯罪被害人的态度纳入刑事政策视野不

^① 前引^①,[日]大谷实书,第3页。

^② [日]木村龟二:《刑法总论》,有斐阁1978年增补本,第8页,转引自张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年5月版,第196—197页。

^③ 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年5月版,第197页。

^④ 参见前引^①,林纪东书,第4页。

^⑤ 前引^①,张甘妹书,第2页。

^⑥ 参见王牧:《犯罪学》,吉林大学出版社1992年3月版,第379—380页。

^⑦ 参见甘雨沛:《我国刑法学学科体系中的刑事政策学》,《社会科学战线》1987年第1期。

^⑧ 前引^①,何秉松书,第49页。

仅是现代刑事政策区别于古代刑事政策的重要特征,还是刑事政策学作为一门独立学科得以成立的重要依据。何以这样说?因为如果刑事政策只是研究预防、控制和惩治犯罪的话,实际上就与犯罪学中的犯罪对策论无法真正区分开。^①事实上也是如此,例如有的学者就干脆把“犯罪对策论”等同于“刑事政策”,这样刑事政策也就丧失了作为独立学科的地位,而被包含在犯罪学之中。^②还有的学者为了把犯罪学和刑事政策学区别开来,只好采取缩小犯罪学内容的方法,将犯罪对策从犯罪学中拿出,认为“犯罪学是作为犯罪现象和犯罪原因的实证经验科学,是作为观察的科学,而刑事政策学则是以犯罪学为基础学科的犯罪对策学。”^③然而,一个不可忽视的事实是,中外犯罪学著作大都将犯罪对策纳入其研究视野。^④由此,如果只将刑事政策局限在犯罪对策,而将对犯罪嫌疑人、犯罪人和犯罪被害人的政策排除在外,则势必导致刑事政策学和犯罪学在学科归属和研究对象上无休止的争吵。实际上,如果按照本文的思路,则我们可以比较明显地将犯罪学中的犯罪对策和刑事政策学中的刑事政策区分开来:单从犯罪学看,只要是有利于抑止犯罪的措施,不管它是否符合公平正义等原则,均具有意义;但从刑事政策衡量,由于刑事政策要在抑止犯罪的同时,兼顾对犯罪嫌疑人和犯罪人的权利保障,因此有的措施即使有利于抑止犯罪,也由于超出一定的正义底线而不能付诸实施。^⑤另一方面,将抑止犯罪与对待犯罪嫌疑人、犯罪人和被害人的态度结合起来作为刑事政策学的研究对象,不仅可以拓宽刑事政策的视野,更有利于考察一项刑事政策是在三者之中经过综合与协调而产生的。

其次,刑事政策不仅包括刑事立法政策,还包括刑事司法政策、刑事执行政策和刑事社会政策。关于这四者的具体含义和结构,笔者将另行撰文予以探

讨。这里要解决的是将刑事社会政策纳入刑事政策研究视野的必要性问题,因为有不少学者对此持担心和否定态度,归纳起来,他们的理由大致有四:1. 刑事政策学的不当扩张甚至是无限扩张,将使刑事政策学的研究对象极度混乱,导致内涵和外延不清,边界和内容不明。^⑥2. “如果按照广义说的见解,将刑事政策推向极端,在最广泛的意义上研究刑事政策,或者说将所有的对犯罪和刑罚有影响的因素均纳入刑事政策研究范围,存在着几乎无法克服的实际困难。……我们不能在一个近乎无限复杂的环境中研究一个复杂的多层面事件或者说系统的实际效果,如此研究刑事政策,将导致我们步入失败。因为,承认知识的有限性和分析方法的局限性,是现代哲学上的一个基本成果。”^⑦3. 社会政策毕竟不同于刑事政策,不能把社会政策混同于刑事政策。^⑧4. 广义说范围过于广泛,研究反难专精,从而失去了刑事政策学存在的意义。^⑨对此,笔者的回答是:第一,研究刑事政策的目的是什么?正如前面所阐明,刑事政策的根本目的是通过预防、控制和惩治犯罪以维护社会稳定,通过保障犯罪嫌疑人和犯罪人以及被害人的权益来实现社会正义。而要使预防、控制和惩治犯罪取得理想的效果,就必须“对症下药”,针对犯罪的原因去采取相应的措施。正是从此意义上,我们说不同的犯罪原因论是不同的刑事政策的根源。虽然现代犯罪学对于犯罪原因的认识仍然没有完全统一,但如果将犯罪原因简单地划分为社会原因(外因)和个人原因(内因)两大类,应该没有异议(当然,犯罪并不是某一个单独原因起作用的结果,而是多个原因互相起作用的结果,而且在不同的犯罪中各个原因所起作用大小也各不相同)。为了实现刑事政策抑止犯罪、维护社会稳定的目的,就不能只采取针对犯罪人个体的对策,

^① 犯罪学的三个基本领域是:犯罪现象论,犯罪原因论和犯罪对策论。参见前引^①,王牧书,第50页。

^② 前引^①,王牧书,第50页。

^③ 前引^①,何秉松书,第32页。

^④ 参见[英]Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner Ed., *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press 1997; [俄]阿·伊·道尔戈娃主编:《犯罪学》,赵可等译,群众出版社2000年1月版; [日]菊田幸一著:《犯罪学》,海沫等译,群众出版社1989年7月版; [德]汉斯·约阿希姆·施奈德著:《犯罪学》,吴鑫涛等译,中国人民公安大学1990年11月版。

^⑤ 例如,从抑止强奸犯罪的角度看,对强奸犯断绝其生殖能力乃有效之办法,但从人权保障角度看,却很少有国家采取此种政策,即使有个别国家为之,也限于本人明示之请求,并要经过医术专家的鉴定等程序。参见[法]宝道(Georges Padoux):“论犯人断绝生殖能力”,载王健编:《西法东渐—外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年8月版。

^⑥ 参见前引^①,何秉松书,代序言。

^⑦ 前引^①,何秉松书,第50页。

^⑧ 参见陈兴良:《刑事政策视野中的刑罚结构调整》,载《法学研究》1998年第6期。

^⑨ 参见前引^①,林纪东书,第4页。

也不能只采取刑罚手段,即使采取刑罚和保安处分相结合的手段,也仍然是不够的,还必须包括更广泛意义上的社会对策。第二,“知识的有限性和分析方法的局限性”并不能成为否定刑事政策广义说的理由,只要广义说能真正有利于刑事政策目的的实现,就没有必要人为地缩小其边界,而且,正是在这种“刨根究底”的追问中,才能不断加深对犯罪根源和犯罪原因的准确认识,进而求得刑事政策的真谛,并推动知识的扩展和分析方法的改进。诚如有的学者所考证指出:“现代刑事政策学的发达是广义刑事政策概念推动的结果。广义刑事政策概念给我们的最大提示是,预防犯罪必须将传统的刑罚惩罚政策与现代社会政策结合起来,我们必须在关注刑罚问题的同时,关注社会问题和社会政策。”^①当然,就象我们对犯罪原因的认识一样,原因还有原因的原因,但一项研究总得到某一步打住,从这个意义上讲,广义的刑事政策也不是无止境的。第三,扩张的刑事政策概念并不会使刑事政策学的研究对象陷于混乱。毛泽东同志说过:“科学研究的区分,就是根据科学对象所具有的特殊的矛盾性。因此,对于某一现象的领域所特有某一矛盾的研究,就构成某一门科学的对象。”^②刑事政策学的研究对象就是以犯罪这一特殊现象为中心,研究国家为抑止这种现象而采取的所有有效措施,以及因犯罪现象而引发的犯罪嫌疑人和犯罪人之待遇,犯

罪被害人之境遇。这一研究对象注定要用开放的、扩张的方法去研究。第四,至于说担心广义说范围过宽会影响研究的专精,实没有必要。我们完全可以将刑事政策研究分为宏观研究、中观研究和微观研究等不同层面,而且只有在对刑事政策整体把握的前提下,对某一方面或某一类的刑事政策作精深的专门研究才有意义。^③

最后,刑事政策之“刑事”亦应作广义理解。其一,不仅对构成刑法意义上的犯罪所作出的国家反应属刑事政策范畴,而且对那些虽然不构成刑法意义上的犯罪、但属于犯罪学上的犯罪行为所作出的国家反应也属刑事政策范畴。^④而且,象对危害社会的精神病人采取防护措施等也属于刑事政策的范畴。总之,在这里,我们要树立大刑事法的观念,不能用狭隘的刑法观来考察刑事政策,否则就达不到防卫社会的目的。其二,不仅对真正意义上的犯罪嫌疑人、犯罪人和被害人所采取的态度属于刑事政策的范畴,而且对那些虽然不属于刑法意义上的犯罪嫌疑人、犯罪人但受到国家某种限制或剥夺人身自由等治安处罚的人(如被劳动教养者、被强制戒毒者等),以及对那些虽然不属于犯罪的直接被害人但属于犯罪的间接受害人(如受害人家属、犯罪人家属)所采取的态度,也都属于刑事政策的范畴。(责任编辑:林亚刚)

^① 前引,何秉松书,第50页。

^② 《毛泽东选集》(合订本),第284页。

^③ 参见刘仁文:《刑事政策的范围》,http://www.jcrb.com/zyw/liurw/index.htm。

^④ 犯罪学所研究的犯罪,不仅包括刑法中所规定的犯罪行为,而且还包括刑法中没有规定,但对社会具有危害的行为,如违反《治安管理处罚条例》的违法行为以及其他不良行为。参见康树华:《犯罪学——历史·现状·未来》,群众出版社1998年9月版,第42—43页。