

论刑事政策的制定

刘仁文*

一、刑事政策制定应遵循的基本原则

(一) 科学原则

在刑事政策的制定过程中,科学原则主要包含两方面的内容:一是要遵循政策科学关于政策制定的一般原理和要求,实现程序上和方法上的科学化;二是要遵循刑事科学关于预防、惩治和控制犯罪的基本原理和要求,实现内容上的科学化。

首先,刑事政策学作为政策科学的一门分支学科,它应当遵循政策科学的一般原理和要求。由于刑事政策学的诞生早于政策科学,^[1]在政策科学出现之前已形成了相对独立的“专业槽”,故至今政策科学的成果仍很少渗透到刑事政策学中。^[2]是故,在论及刑事政策制定的基本原则时,有的学者就主张,它应当是“关于政策思路的确定和行动方案的选择这些‘实质内容’方面所遵循的原则,而不是工作程序方面的原则,例如人们常提及的决策民主化等”。^[3]对此,笔者不敢苟同。实际上,实质内容与程序内容密不可分,好的程序对把好实质内容的科学关,防止不好的实质内容渗入刑事政策,有着非同小可的作用。相反,不好的程序将使刑事政策的实质内容无法得到过滤和筛选,最终难保制定出来的刑事政策科学可行。同样,制定的方法是否科学,也会对刑事政策的质量产生很大影响。

尽管政策科学家们对政策制定的程序和方法还没有达成一个完全一致的意见,但其基本轮廓已经形成,即都强调政策制定是由一系列相互关联又相互区别的功能活动或环节所构成的活动过程;都强调政策制定要运用一系列的方法和分析技术。比如,关于程序,有的政策学者认为,政策制定应包含议程设立、方案规划和方案的合法化三个主要阶段,其中方案规划阶段又包括问题界定、目标确立、方案设计、后果预测和方案抉择等环节。^[4]有的政策学者认为,政策制定应包括建立议程、界定问题、设计方案、预测结果、比较和抉择方案以及方案的合法化等环节。^[5]有的政策学者认为,政策制定应遵循以下程序:确认政策问题和进入政策议程,确定政策目标,设计政策方案,对政策方案进行择优评估,对选择出来的政策方案进行可行性论证,政策合法化。^[6]又比如,关于方法,有的政策学者认为,政策研究方法应包括哲学思维方法、系统分析方法、模型分析方法、数理分析方法、历史分析方法、创新思维方法等,其中每一种方法又包括一系列具体的方法,如创新思维方法就包括专家会议法、头脑风暴法、主观概率预测法、交叉影响法、德尔斐

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] 刑事政策学诞生于近代,而政策科学则直到第二次世界大战后才产生。(关于两者诞生时间的考证,前者可参见马克昌为日本学者大谷实的《刑事政策学》中译本所作的序言,法律出版社,2000年;后者可参见陈振明主编的《政策科学》绪论部分,中国人民大学出版社,1999年。)

[2] 另一个原因可能跟政策科学的自身建设不完善也有关系。例如,国际著名政策科学家Y·德热就曾指出:“政策科学一直缺乏完善的概念体系和有影响的理论假设。”参见[美]Y·德热著,王满传译:《逆境中的公共政策分析》,上海远东出版社,1996年,第3页。我国也有学者指出:“(政策科学)这门学科研究还存在不少问题,甚至一些基本概念也混乱不清,更没有一个完整的科学理论体系。究竟什么是公共政策,如何科学地制定和实施公共政策,也是众说纷纭。”参见周树志:《公共政策学》,西北大学出版社,2000年,第1页。

[3] 参见杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社,1994年,第40—41页。

[4] 参见陈振明主编:《政策科学》,中国人民大学出版社,1999年,第212页以下。

[5] 参见朱崇实等著:《公共政策》,中国人民大学出版社,1999年,第16页。

[6] 参见李成智:《公共政策》,团结出版社,2000年,第83页以下。

法、脚本写作法等。^{〔7〕}有的政策学者认为,公共政策分析大量采用的方法是系统分析方法、定性分析方法、定量分析方法和预测分析方法,同样,每一种方法又包括一系列具体的方法,如预测方法就包括个人判断法、专家判断法、德尔斐法、前导指标法等。^{〔8〕}有的政策学者认为,政策研究方法主要包括系统分析方法、定量分析方法和创造性思维方法三类,其中系统分析可包括整体分析、结构分析、层次分析、相关分析和环境分析等几方面内容,定量分析方法有线性规划、排队论等确定型分析方法和动态规划、随机库存论等随机分析方法,创造性思维方法包括个人判断法、头脑风暴法、德尔斐法、脚本写作法、运筹博弈等。^{〔9〕}

政策科学的上述研究成果,对刑事政策的制定无疑具有指导和启发意义。可以说,政策科学的兴起,为刑事政策的研究提供了更为开阔的视角和资源。将政策科学中关于政策制定的程序原则和方法原则运用于刑事政策的制定,有利于提高刑事政策的质量,规范刑事政策的出台。

其次,刑事政策学作为刑事科学的重要组成部分,它须遵循刑事科学关于预防、惩治和控制犯罪的基本原理和要求。刑事科学的长期发展,使人类对犯罪现象的认识不断深入,有关预防、惩治和控制犯罪的理论也越来越趋于科学化。刑事政策的制定,应当以这些认识和理论为基础,对症下药,有的放矢,而不能想当然,不顾客观规律,凭主观意志办事。在这方面,我们过去是有一些值得反思的地方的,如新中国建立后的相当一个时期,我们的刑事政策过多地受意识形态的影响,频繁地依靠政策运动来解决刑事犯罪问题,而对犯罪成因的多样性、犯罪现象的复杂性和与犯罪作斗争的长期性,缺乏清醒的认识,致使犯罪学这样一门专事研究犯罪现象、犯罪原因和犯罪预防的科学在中国销声匿迹达30年之久!^{〔10〕}

总之,刑事政策是一门科学,一门关于如何预防、惩治和控制犯罪的政策科学。因此,刑事政策的制定,必须遵循科学主义的指引,从程序到内容,惟此方能最大限度地实现刑事政策的科学化。

(二)法治原则

法治,作为现代文明社会的一大标志,已经成为越来越多的国家的治国方略。在刑事政策领域,法治原则亦被西方学者视为其最重要的原则之一。^{〔11〕}实际上,西方国家的刑事政策从它诞生之日起,就不是以法治的对立面而出现的。考察一下刑事政策运动和理论的历史发展,我们不难发现,在刑事政策运动和理论萌芽和产生初期的近代,刑事政策的中心任务是将国家的惩罚活动纳入法治轨道。当时的刑事政策运动侧重于约束国家的刑罚权力,防止刑罚权的滥用;刑事政策理论侧重于刑事立法方面,致力于推动罪刑法定、罪刑相当、刑罚人道主义、无罪推定、正当程序等刑事立法原则的确立。到了现代,虽然受社会连带思想的影响,刑事政策从侧重于限制国家权力转而相对更多地重视以国家权力去遏制犯罪、防止犯罪,但刑事政策的法治原则却依然被坚持下来。正是在这个意义上,有的学者不无道理地评论说:“西方国家刑事政策的兴起与法治发达史密切相关,可以说是后法治社会的重要成果之一。”^{〔12〕}在这一点上,我国的刑事政策是与其有重大差别的。我国在建国后,由于法律虚无主义盛行,长期依靠政策办事,刑事政策在相当长的一个时期内实际上起着替代法律的作用,正如董必武同志所说:“我们通常说依据党和国家的政策办事,这里所指的政策也起着法律的作用。”^{〔13〕}因此,“新中国的刑事政策并不是法律,更进一步讲不是‘法治’发达的结果。”^{〔14〕}

改革开放以来,我们逐步加强了法制建设,并调整了政策与法律的关系,即“要从依靠政策办事,逐步过渡到不仅靠政策,还要建立、健全法制,依法办事。”^{〔15〕}至党的十五大,“依法治国”被正式作为一项治国的根本方针和奋斗目标确立下来。在这种背景下,刑事政策的制定更应遵循法治的原则,经得起法治的检

〔7〕 参见周树志:《公共政策学》,西北大学出版社,2000年,第394页以下。

〔8〕 参见前引李成智书,第44页以下。

〔9〕 参见前引陈振明书,第441页以下。

〔10〕 参见宋浩波:《犯罪学原理》,中国人民公安大学出版社,2001年,第40页。

〔11〕 参见[日]森下忠:《刑事政策大纲》(1),第12—14页,转引自马克昌主编:《中国刑事政策学》,武汉大学出版社,1992年,第23页;[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社,2001年,第33—35页。

〔12〕 参见曲新久:《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5—6页。

〔13〕 参见《董必武选集》,第417页,转引自肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社,1996年,第8页。

〔14〕 参见前引曲新久文,第7页。

〔15〕 参见《彭真文选》,第492页,转引自肖扬主编:《中国刑事政策和策略问题》,法律出版社,1996年,第9页。

验。法治原则的必然结果是“对整体刑事政策的制约”，^[16]这种制约可以表现为以下两方面：一是宪法和我国已经加入的国际条约的制约。虽然在我国，宪法诉讼和违宪审查制度还没有建立起来，但宪法作为我国的根本大法，其精神应当在刑事政策的制定中得到体现。而且，从长远看，宪法诉讼和违宪审查制度终将在我国建立，到那时，如果我们制定刑事政策时不受到宪法的有力制约，就有可能导致因制定出来的刑事政策“违宪”而夭折。另外，对于我国已经加入的国际条约，虽然有“条约必须信守”的原则要求，但由于我国目前对国际条约在中国法律体系中的地位、国际条约在国内的适用方式等还存在不完善之处，^[17]因而实际上有些我国已经加入的国际条约并没有直接适用或转化成国内法适用的效力和途径，对此，刑事政策在制定时必须加以考虑，要和这些条约的精神保持一致。二是刑法、刑事诉讼法、监狱法等刑事法的制约。首先，所有刑事政策的制定，都必须严格按照这些法律的规定，在其许可范围内活动，而不能随意突破法律的规定。其次，当出台某一新的法律时，不能因一时刑事政策的需要而违背基本刑事法的原则。这方面我们过去是存在过问题的，如1983年全国人大常委会通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，就在“严打”刑事政策的驱使下，突破了刑法总则对时效问题“从旧兼从轻”的规定，规定了“从新”的原则，使该法具有了溯及既往的效力，这显然与法治原则相悖，因而是不妥的。

(三)人权原则

随着国际人权运动的蓬勃发展，人权保障在世界各国的刑事政策中所占的分量越来越重。加强对犯罪嫌疑人、被告人和犯人的人权保障，已经成为当今刑事政策的一个总趋势。毋庸讳言，我国过去由于种种原因，在制定刑事政策时往往偏重于对犯罪的打击和社会的控制，而对人权的保障则重视不够。例如，我国80年代初，为加强对流动人口犯罪的打击，公安部提出了对有流窜犯罪嫌疑人的和有犯罪行为又不讲真实姓名、地址、来历不明的人实行收容审查的建议，国务院很快就批准了这一做法。虽然不能说这项制度对打击流动人口犯罪没有用处，但它却严重忽视了可能对人权造成的侵害，结果在实践中造成了很不好的后果。^[18]因此，1996年刑事诉讼法修订时，基于人权保障的考虑，废止了这一制度。又如，1991年国务院通过颁发《关于收容遣送工作改革问题的意见》，将收容遣送的对象由原来的城市流浪乞讨人员扩大到三证（身份证、暂住证、务工证）不全的流动人口，这一做法显然是把维护社会治安作为压倒一切的目标来追求而严重忽视了对人权的保障，结果实践中收容遣送不断爆出骇人所闻的侵犯人权事件，使该问题成为时下中外人权学者和社会各界所广泛关注的一个热点问题。^[19]应当看到，随着我国人权事业的大踏步前进，我国已经加入了近20个国际人权公约，特别是1997年和1998年我国政府分别签署的《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》，对我国的人权事业提出了更高的要求。在刑事政策领域，今后要在追求保卫社会目标的同时，更多地关注被追诉方的权利保障，“贯彻手段均衡性原则”。^[20]在制定一项刑事政策时，要对其可能对人权造成的危害作出充分估计，并采取相应的防范措施。例如，根据以往的经验，一旦实行“严打”，肯定会在实践中出现一些过激的做法，如扩大收容审查的范围、不严格按法律程序办事等，^[21]为了避免类似的事情发生，今后在部署“严打”斗争中，就应对可能出现的一些违法现象作出预测性分析，并采取相应的预防措施，以最大限度地降低“严打”对人权保障所可能造成的副作用。

二、影响刑事政策制定的因素

(一)社会治安形势和犯罪态势

[16] 转引自[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，第35页。

[17] 参见朱晓青、黄列：“国际条约与国内法的关系评析：中国的理论与实践”，载朱晓青、黄列主编：《国际条约与国内法的关系》，世界知识出版社，2000年。

[18] 参见刘仁文：“刑事政策与公民权利保障”，载李林主编：《当代人权理论与实践》，吉林大学出版社，1996年。

[19] 例如，光《中国青年报》就在2000年下半年连续推出过此问题的一系列报道，参见该报6月19日“女青年为何遭遇意外”、7月26日“谁制造了惨绝人寰的轮奸案”、8月4日“收容遣送工作有违立法法”、8月16日“收容遣送工作面临改革”、9月6日“一起收容站逃亡事件的调查”等文。

[20] 参见[日]森下忠：《刑事政策大纲》(1)，第12—14页，转引自马克昌主编：《中国刑事政策学》，武汉大学出版社，1992年，第23页。

[21] 参见曹凤等：“中国‘严打’十八年”，《警方》，2001年，第6期。

社会治安形势和犯罪态势是影响刑事政策制定的最主要因素。刑事政策的发展历史表明:社会治安和犯罪的状况,直接引起刑事政策的变动。正如日本学者大谷实所指出:“刑事政策的科学的研究至于被促进的,是因为19世纪欧洲累犯增加的犯罪现象引起注意,所以对根据传统的刑法及刑罚论的犯罪防止效果产生了怀疑。促进少年犯罪对策、精神障碍者的犯罪对策等近代的诸施策及诸制度的展开的,是对发生的具体的犯罪现象认识的结果。”〔22〕近代如此,现代又何尝不是如此?以美国为例,美国曾在1967年至1977年间一度停止了死刑执行,但其后由于犯罪率增长,恶性犯罪严重,又恢复了死刑的执行。〔23〕进入90年代,面对社会治安继续恶化、暴力犯罪大幅增加的形势,美国参议院于1993年11月通过了旨在严厉打击犯罪的“布雷迪法案”(又称“星战计划”),由联邦政府5年内拨款230亿美元,用于加强枪支管理、扩大警察编制、落实安全防范措施、改进监狱工作等。〔24〕

再以我国为例,在上个世纪80年代初,面对经济犯罪和刑事犯罪迅猛增长的态势,中央相继确立了“依法从重从严惩治严重破坏经济的罪犯”和“依法从重从快打击严重危害社会治安的犯罪分子”的刑事政策。〔25〕1996年年初,鉴于全国重大刑事案件的发案率明显上升,特别是在北京接二连三地发生一系列罕见大案,如是年2月2日全国人大常委会副委员长李沛瑶在其住所被杀;2月8日,北京市朝阳区工商银行甘水桥分理处运钞车遭蒙面犯罪分子持枪抢劫;2月13日,北京市新街口海泉珠宝行被抢,等等;中央从4月开始,在全国部署一场以“抓现行、破大案、追逃犯、挖团伙”为主要任务的“严打”斗争,这是继1983年“严打”之后的又一场声势浩大的全国性战役。〔26〕2001年4月,中央又针对新的社会治安形势,专门召开全国社会治安工作会议,部署新一轮的严打整治斗争,提出在两年内实现社会治安明显进步的目标。〔27〕

(二)一定时期的政治、经济和社会形势

刑事政策总是与一定时期的政治、经济和社会形势相联系,不同时期的刑事政策必然反映出不同时期的政治、经济和社会形势。例如,美国在20世纪30年代中期,由于当时经济萧条,社会矛盾尖锐复杂,这一时期美国对死刑的适用达到了历史的最高峰。〔28〕而到60年代,美国国内在掀起反对越南战争浪潮的同时也掀起一股废除死刑的浪潮,这对美国一度废止死刑的执行起到了促进作用。又如希特勒统治时期的德国,由于推行法西斯统治,因而刑事政策领域的法治原则和人权原则被公开抛弃,主观主义的刑事政策思想被“恶为利用”,“人身危险性”成为专制和种族杀戮的借口,留下了历史上惨痛的一页。〔29〕

我国建国之初,由于被推翻的反动势力不甘心自己的失败,采取各种手段反对新生的人民政权,革命与反革命的斗争十分激烈,在这种形势下,党中央和人民政府从1950年开始,领导全国人民开展了一场大规模的“镇反”运动。在运动中,虽然提出了镇压与宽大相结合的政策,但当时比较强调的还是镇压这一面。例如,《人民日报》在1950年12月至1951年9月期间,就连续发表了诸如《彻底纠正曲解“宽大政策”的偏向》、《为什么必须坚决镇压反革命》、《对于反革命的宽容就是对人民的残忍》等近20篇社论,强调对反革命分子的“严打”。〔30〕随着“镇反”运动的胜利,反革命分子尽管还没有完全被消灭,但极少数残余的反革命已经日益受到孤立和分化,针对这种形势,刑事政策的天平开始向宽大这一面倾斜,1956年11月16日全国人大常委会通过的《关于宽大处理和安置城市残余反革命分子的决定》即反映了这方面的一些情况。及至十一届三中全会,我们党把工作重心转移到社会主义经济建设上来,对内实行改革,对外实行开放,刑事政策也伴随着党和国家主要任务的转变,在指导思想做了相应的调整。可以说,尽管同各种危害国家基本政治制度的破坏活动作斗争仍然是我国刑事政策的一项重要内容,但当前我国刑事政策的重点已转

〔22〕 参见大谷实,《刑事政策讲义》,第24页,转引自前引马克昌主编书,第71页。

〔23〕 参见前引杨春洗主编书,第421页。

〔24〕 参见孙中国、李健和主编,《中国严打的理论与实践》,中国人民公安大学出版社,1998年,第334—335页。

〔25〕 参见前引肖扬书,第153页以下。

〔26〕 参见江流、陆学艺等主编,《1996—1997年中国社会形势分析与预测》,中国社会科学出版社,1997年,第162—163页。

〔27〕 参见《人民日报》,2001年4月4日。

〔28〕 转引自胡云腾,《死刑通论》,中国政法大学出版社,1995年,第106页。

〔29〕 转引自前引杨春洗主编书,第415页。

〔30〕 参见前引马克昌主编书,第69页。

向一般刑事犯罪,特别是严重危害社会治安的犯罪和严重经济犯罪。

(三)理论学说

关于理论学说对刑事政策制定的影响,我国学者储槐植从不同刑事政策模式的形成这个角度作了探讨,认为:刑事法网是严密还是稀疏,刑罚是轻还是重,与一定的刑事学说理论有联系。例如,在道德主义法律观的影响下,违法与犯罪没有截然的界限,刑事法网将是严密的;而在权力主义法律观的影响下,刑事法网不可能也不必要严密,“缩小打击面”往往是应有之意(其中的一个表现就是犯罪概念既含定性因素又含定量因素)。又如,在刑罚是轻还是重(轻刑政策还是重刑政策)上,强调一般预防的刑事政策主体往往将惩罚犯罪人作为手段,其逻辑结论将是刑罚愈严厉便愈能收到威慑犯罪的效果;强调个别预防的刑事政策主体则往往重视通过适用刑罚来改造犯人,改造以认罪服法为前提,而服法又以罪刑相称为条件,所以刑罚要适度,而不是“重比轻好”。^[31]

在人类历史上,因理论学说导致刑事政策发生重大变革的例子是很多的。例如,以贝卡利亚、费尔巴哈、边沁等为代表的刑事古典学派,以“理性至上”的启蒙思想为指导,“树立了功利主义、合理主义、人道主义的刑罚观,主张以排除不合理的非人道的犯罪者处遇为中心的刑事政策。”^[32] 他们的刑事政策思想直接影响了欧洲资本主义国家刑事政策的制定,如1789年法国人权宣言采纳启蒙思想家的主张,在该宣言第8条规定:“法律只应当制定严格的、明显的必需的刑罚,而且除非根据在违法行为之前制定、公布并且合法地适用的法律,任何人都不得受处罚。”1791年法国刑法典,特别是1810年的拿破仑刑法典可以说集中反映了启蒙思想的刑事政策:以死刑为中心的刑事政策观点让位了,以改善为目的的自由刑占据了刑罚的中心,身体刑和流放刑也被废止。^[33] 而19世纪后半期兴起的刑事实证学派(包括以龙勃罗梭、菲利、加罗法洛等人为代表的刑事人类学派和以李斯特等人为代表的刑事社会学派),以促进启蒙思想的刑事政策向“科学阶段”的刑事政策发展,起到了公认的作用。^[34]

(四)民意

民意,是刑事政策制定者在制定刑事政策时所必须加以考虑的一个因素,因而它对刑事政策的制定也有影响作用。例如,美国自上个世纪80年代以来,死刑适用有增多之势,这与美国公众对死刑的支持率日增不无关系,正如美国一位叫罗宾斯的刑法学教授所指出:“目前的气氛几乎倾向于大规模执行死刑。”在日本,也把公众的支持作为保留死刑的理由之一。^[35] 我国刑事政策的制定也历来重视民意,如1981年中共中央的(21)号文件指出:“目前群众意见最大,认为我们打击不力的,就是这百分之六左右的重大、恶性案件的首要分子,我们要依法从重从快打击的,也就是这些人。”^[36] 邓小平同志在1983年“严打”前与公安部负责人的一次谈话中说:“刑事案件、恶性案件大幅度增加,这种情况很不得人心。”^[37] 彭真同志也在一次谈话中谈到:“群众对当前的严重情况早就不能容忍了,可是我们的工作却迟迟没有跟上。”^[38] 2001年全国社会治安工作会议在部署新一轮“严打”斗争时,也称“这是广大人民群众强烈愿望。”^[39]

在制定刑事政策时,把民意作为一个因素加以考虑自然是对的,但在这个问题上,应注意以下两点:一是必须要确保民意测验结果的可靠性,为此要求民意测验方式方法的正确;二是不能惟民意是从,对民意要作认真的分析和引导,“拷打,即使公众支持其在某些情况下使用,也是永远不能允许的。”^[40]

(五)领导人的意志

[31] 参见前引杨春洗主编书,第31—35页。

[32] 参见[日]大谷实,《刑事政策讲义》,第7页,转引自前引马克昌主编书,第37页。

[33] 转引自前引马克昌主编书,第35—37页。

[34] 参见前引马克昌主编书,第38—43页。

[35] 参见胡云腾,《存与废——死刑基本理论研究》,中国检察出版社,2000年,第87页。

[36] 转引自前引马克昌主编书,第274页。

[37] 参见曹凤等,“中国‘严打’十八年”,《警方》,2001年,第6期。

[38] 参见彭真,《论新中国的政法工作》,第346页,转引自前引肖扬主编书,第155页。

[39] 参见《人民日报》,2001年4月4日。

[40] Amnesty International USA, When the States Kill... (New York, 1989), p22.

任何政策的制定都要通过人的活动来实现、要体现人的意志,因此无论在精英决策模式还是民主决策模式中,领导人的个人作用都是不容否认的。特别是在前一种模式中,领导人的作用尤为显著。

我国的公共政策决策模式,传统上带有明显的精英决策色彩,党政领袖和领导在各项政策决策和政策活动中起着非常重要的作用,刑事政策也不例外。^[41]例如,在中国共产党第一代领导集体中,毛泽东同志等人的一些刑事政策思想对我国刑事政策的制定发挥了重要的指导作用,无论是惩办与宽大相结合这样的基本刑事政策,还是象死刑缓期执行这样的具体刑事政策,最初都是来源于毛泽东同志的指示。^[42]在第二代领导集体中,邓小平同志等人对一些刑事政策的制定同样起到了关键性的作用。以1983年的“严打”决策为例:当时对于要不要搞“严打”认识不完全一致,有的同志担心出现新的冤假错案。在这种情况下,邓小平于1983年7月19日在北戴河同当时的公安部长刘复之谈话,尖锐地指出:“刑事案件、恶性案件大幅度增加,这种情况很不得人心。几年了,这股风不但没有压下去,反而发展了。原因在哪里?主要是下不了手,对犯罪分子打击不严、不快,判得很轻。对经济犯罪活动是这样,对抢劫、杀人等犯罪活动也是这样。”“为什么不可以组织一次、二次、三次严厉打击刑事犯罪活动的战役?”“现在是非常状态,必须依法从重从快集中打击,严才能治住。搞得不得人心。”^[43]7月21日,彭真同志在一次谈话中表示:“严厉打击严重危害社会治安的刑事犯罪,要下决心,这个决心非下不可。形势要求依法从重从快,有些人就是不从重从快,扯皮。这不是个别问题。邓小平同志讲,严厉打击刑事犯罪问题,到了全党下决心的时候了。我完全赞成。”^[44]由是,8月25日中共中央发出《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》,提出从现在起,在3年内组织3个战役。9月2日,全国人大常委会通过《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》。至此,“严打”的刑事政策正式形成并取得合法化地位。

当然,诚如有的学者所指出,精英决策模式虽然在发挥领导人的个人智慧和艺术、提高刑事政策制定的效率等方面具有优势,但如何避免因“人治”色彩过浓而造成一言堂等现象是此种决策模式存在的最大问题。随着我国政治体制改革的不断深入,政治生活中的精英决策模式也必将向民主决策模式演变。但如前所述,即使在民主决策模式中,领导人的个人意志对刑事政策的制定也会有很大的影响。象美国这样的所谓“民主”国家,其总统的权力仍然很大,可以在立法、执法和司法中起重要作用,以致于有人戏称,美国总统除了不能生孩子,什么事情都可以做。^[45]

(六) 国际组织

一些区域性和全球性的国际组织对各国的刑事政策制定也有影响。区域性的组织如亚洲预防犯罪基金会、亚洲及远东预防犯罪和罪犯处遇研究所、拉丁美洲预防犯罪和罪犯处遇研究所、赫尔辛基预防犯罪和罪犯处遇研究所、非洲预防犯罪和罪犯处遇研究所等,这些组织在同联合国秘书处的密切合作下开展工作,使在联合国政策范围内规划、执行和估价合乎人道的刑事政策的工作有所改善。^[46]全球性的组织主要有:联合国预防犯罪和罪犯处遇大会、联合国预防和控制犯罪委员会、联合国区域间犯罪和司法研究所、联合国预防犯罪和刑事司法委员会、国际刑法协会、国际社会保护协会、国际犯罪学学会、国际刑警组织等,这些组织在促进各国刑事政策的交流与合作,加强刑事政策的研究、联络与传播,乃至制定刑事政策的指导原则等方面均发挥着重要的作用。如联合国预防犯罪和罪犯处遇大会,从1950年至今,每5年召开一次大会,审议各个时期的犯罪发展趋势和变化,促进预防犯罪和刑事司法方面的国际合作,成为目前世界各国政府和民间学术团体最为重视、对世界各国刑事政策影响最大的国际会议组织。^[47]

[41] 参见前引曲新久文,第61页。

[42] 参见前引肖扬主编书,第63页以下。

[43] 转引自曹凤等,“中国‘严打’十八年”,《警方》,2001年,第6期。

[44] 彭真:《论新中国的政法工作》,第345页,转引自前引肖扬主编书,第155页。

[45] 参见李步云:《走向法治》,湖南人民出版社,1998年,第173页。

[46] 参见前引杨春洗主编书,第407页。

[47] 参见前引杨春洗主编书,第405页。

三、刑事政策制定的一般程序

(一) 发现问题

刑事政策制定者首先要发现和确认问题,分析它的影响范围和影响程度,对问题的严重性作出恰当的估计。在自然科学领域里,人们常说:“发现问题比解决问题更重要。”在公共政策领域里,学者们也持类似的观点,如美国学者利文斯就指出:“问题的挖掘和确认比问题的解决更为重要,对一个决策者来说,用一个完整而优雅的方案去解决一个错误问题对其机构产生的不良影响,比用较不完整的方案去解决一个正确的问题大得多。”^[48] 确实,如果对问题的性质把握不准,把本来很严重的问题当作不严重的问题,或者把本来不严重的问题当作严重的问题,就会使刑事政策决策者对形势作出错误判断,使最终制定出来的刑事政策不符合实际情况。例如,本来社会治安形势非常严峻,却错误地认为社会治安形势不错,因此而采取比较平和的刑事政策,其结果必将导致犯罪得不到有效打击;相反,如果社会治安形势本来不错,却错误地认为非常严峻,因而采取“严打”的刑事政策,其结果将导致浪费司法资源等一系列后果。

某一个具体问题被纳入刑事政策视野,大抵有三条途径:一是党政机关、政法系统或者各种内参自下而上反映某一问题,受到上级机关和领导的重视;二是某一个具体问题在社会上反映强烈,引起决策者的注意;三是有关领导和部门察觉到某一问题需要进行研究和处理。不论哪种情况,要想保证问题的正确界定,都必须做好以下两方面的工作:一是从决策者及其参谋助手方面来说,要充分掌握信息,为此要深入调查研究,广泛搜集资料,准确完整地掌握问题的各种相关信息。二是从下级部门来说,要实事求是,一切从实际出发,如实地反映问题和分析问题。绝不能为迎合某个领导的意志,或从自身利益出发而弄虚作假、歪曲事实,报喜不报忧。就前者而言,除了要有一种注重调查研究的工作风格,还应掌握必要的研究方法和手段。就后者而言,除了下级部门的有关领导和工作人员应端正态度,还应加强制度建设,从制度上防范信息的失灵和失真。例如,现在公安机关在刑事案件立案数方面存在严重的统计不实问题,它直接影响到各级党委、政府和上级公安机关对社会治安形势的准确判断和科学决策,造成这一现象的原因是多方面的,其中我们的公安机关和综合(合)治(理)部门把发案率高低作为衡量政绩好坏的一项重要指标是原因之一。正因此,2000年5月,中央社会治安综合治理委员会曾专门发出通知,要求各级综治部门在制定社会治安综合治理目标管理责任书时,不要再把发案率列为考核指标,也不要对刑事案件的升降提出不切实际的要求,更不要把刑事案件的立案数与领导干部的政绩和有关部门的工作成绩挂起钩来。^[49] 这就可视为一种制度建设。若能落实,并结合其他配套措施,显然对纠正统计不实问题是大有好处的。

(二) 议程设立

发现问题后,下一步就是要把问题提上议程。根据问题的性质、大小、影响范围、牵涉部门等因素,它将分别被提上不同级别和类别的决策机关。从级别来讲,大至中央,小至县市一级;从类别来讲,可以是党委、政府和人大,也可以是政法委、综治委,还可以是公检法司等业务部门,它们分别可以在相应的职权范围内制定相应的刑事政策。一般而言,如果某个问题带有地方局部性,则由地方一级来解决;如果某个问题带有全国普遍性,则要上升到中央一级来解决。再者,如果某个问题仅牵涉到某一部门,则提到该部门加以讨论即可。如果牵涉到好几个部门甚至更多的部门,则将提到政法委、综治委甚至党委、政府和人大一级来加以解决。当然,有的问题虽然是局部性质,但如果非常严重,也足以引起中央一级的决策部门的重视,例如,1991年,最高人民法院针对云南省毒品犯罪严重的状况,根据有关法律的规定,将云南省的毒品犯罪死刑案件核准权授权给该省高级人民法院。1993年,又将广东省的毒品犯罪死刑案件核准权授权给广东省高级人民法院。1996年和1997年,最高人民法院又分别授权广西、四川、甘肃、贵州四省高级人民法院对各自辖区内的毒品犯罪死刑案件行使核准权。在议程设立过程当中,有时也会出现这样的情况,即某一问题被

[48] 转引自李成智:《公共政策》,团结出版社,2000年,第83页。

[49] 转引自汝信、陆学艺等主编:《2001年:中国社会形势分析与预测》,社会科学文献出版社,2001年,第281页。

上级领导或部门批转给下级部门,下级部门据此设立议程。

(三)分析问题

议程设立之后,接下来要做的就是对问题进行全面深入的分析,判明其性质和症结,挖掘其背景和原因。首先,要对问题的性质和症结进行很好的诊断,分清轻重缓急,由此确定解决问题的方式、手段及途径。例如,如果问题来得急,要求尽快采取措施,则只能在求速度的同时尽量求质量;如果问题不是特别急,则需要把质量放在第一位。其次,要对产生问题的原因作全方位的剖析,包括主观原因和客观原因、主要原因和次要原因、直接原因和间接原因,等等。只有把原因找准了,才好对症下药,采取相应的解决问题的方案。例如,社会治安不好,其原因可能是多方面的,有打击不力的原因,有司法腐败的原因,有预防机制不健全的原因,有立法不完善的原因,还有社会新旧体制交替的原因,等等,如果不对此有清醒认识,单纯地把它归结为打击不力,而一味地实行“严打”,其结果将是“治标不治本”,“严打”就象割韭菜,老的一茬割去,新的一茬又会会长出来。又如,1997年我国刑法修订时,对管制刑的存废涉及一个政策选择问题,针对司法实践中管制刑的适用存在一些问题,有的同志提出要废除管制刑,但另有的同志却主张管制刑作为我国刑法事唯一的一种开放性刑罚,应当予以保留。至于它在司法实践中存在的问题,不是管制刑本身的问题,可以通过完善管制刑的执行制度来解决。最后立法机关采纳了后一种意见。应当说,这一选择是正确的。这里,对管制刑在实践中存在的问题之原因分析与确定,直接关系到其存废,如果错把执行中出现的问题当成管制刑本身存在的问题,并以此为理由废除管制刑,则由于原因没找准而导致最后决策的失误。

(四)确立目标

刑事政策的目标,就是刑事政策制定者希望通过刑事政策实施所达到的效果。在对问题进行了认真的分析之后,就进入目标确立阶段。目标确立是刑事政策制定过程中一个非常重要的阶段,因为目标一旦确立下来,就决定了刑事政策的方向,决定了政策方案优劣的评判标准,也为未来检验政策执行结果提供了基本尺度。由于政策目标所具有的导向功能,因而一旦目标选择错误,就会出现“制定了正确的政策,却解决了错误的问题”的情况。

为保证刑事政策目标的正确性,在确立目标时必须注意以下两点:1、目标要有可行性。刑事政策的目标不能说大话、空话,必须建立在现实的基础之上。目标既要高于现实水平,又必须是在现有条件下通过努力可以实现的。实现刑事政策目标的条件一般分为两类:一类是实现政策目标的各种资源,如人、财、物等;另一类是制约政策目标实现的环境条件,如国际国内的政治、经济和社会环境、公众的心理等。后者又可分为可控条件和不可控条件。只有当可控条件占主要地位时,政策目标才具有相应的可行性。2、目标要有系统性。刑事政策所要解决的问题往往比较复杂,因而政策目标也往往不是单一的,而是多目标的有机结合,因而在确立一项刑事政策目标时不能只考虑目标本身,而应着眼于整体,全面考虑,照顾对上下左右各项目标的影响,根据实际情况合理地确立目标结构。如“严打”,从横向上看,除了要确立严厉打击刑事犯罪的总目标外,还应同时确立人权保障、建立健全预防机制、发现和清理政法队伍内部的腐败分子等目标;从纵向上看,应分别确立第一阶段、第二阶段等阶段性目标。

(五)方案设计

目标确立之后,下一步就要着手进行实现目标的方案设计。一般而言,方案设计可分成轮廓勾画和细节设计两个步骤。轮廓勾画,就是要从不同角度、不同途径提出多种多样的方案设想,它主要包括两方面的内容:一是为实现既定的政策目标,尽可能多地提出相应方案;二是将各方案的轮廓勾画出来,如行动原则、指导方针、基本措施、政策的发展阶段等。

对政策轮廓的勾画,既需要经验,也需要严密的理论思维,还需要运用创造性思维。要依靠经验,但不能拘泥于经验;要运用理性思维,但也要注意克服思维定势的影响;要以政策问题及其原因的分析为基础,以完整、准确、可靠的信息为依托,大胆运用创造性思维。与此同时,还要充分发扬民主,集思广益,调动各方面的积极性和智慧来参与刑事政策的轮廓构思。

对于勾画出来的政策备选方案,在进行初步筛选后,留下那些较为可行的方案,再进行进一步的细节设计,将方案具体化,确实实现政策目标的各种措施,如政策界限的规定和相关机构的设置、人员配备和经

费保障等。细节设计要充分考虑到各种内外条件和环境,注重方案的可行性、可操作性。

(六) 方案论证

方案设计出来之后,即进入论证阶段。该阶段主要包括以下内容:1、后果预测。刑事政策方案总是面向未来的。其后果往往要经过一段时间之后才能出现。为了正确地评估方案,必须对方案的后果进行科学预测。预测内容包括:该方案是否可能达到目标?能在多大程度上达到目标?差距有多大?其执行会否遇到阻力和困难?有多大的阻力和困难?有什么风险?可能产生什么消极后果?如何补救?哪些人和单位将受到方案的影响?他们的反应会怎样?谁对这项方案的最终成果负责?方案对本地区、本部门会有哪些影响?在整个社会可能引起什么反应?等等。在预测时,既要考虑到有利的因素和成功的可能,又要考虑到不利的因素和失败的风险,权衡利弊,综合比较,择优而取。2、可行性论证。可行性论证就是围绕政策目标,运用一定的方式方法,对政策方案实际上是否可行的问题进行系统的分析和研究。政策方案论证的方式方法有多种,如:统计式,即政策主张以样本的抽象调查与统计分析中获得的论据为基础;类别式,即政策主张是以从不同类别的成员那里获得的结论为基础;直觉式,即政策主张的论证基础来自政策制定者的见识、洞察力、判断力与难以言传的知识;分析式,即政策主张是以从多种科学的方法中得出的论据为基础;解析式,即政策主张是以从原因中得出的结论为基础;重实效式,即政策主张是以从动机、相似案例或类比中得出的论据为基础;价值批判式,即政策主张是以伦理学所提供的论据为基础;等等。在具体论证时,应当综合运用这些方式方法。

(七) 方案选择

经过方案论证之后,要对各方案进行择优评估,以选择出或综合出一个最佳方案或满意方案。择优评估的标准有:1、有利于元政策的实现。政策方案本身体现基本国策的精神,符合国家总体发展的战略目标。2、能最大限度地实现政策目标。这是择优评估最主要和最基本的标准。3、消耗的政策资源尽可能的少。4、实现政策目标的风险程度尽可能小。5、政策方案实施中产生的副作用尽可能小。当然,在实际工作中,有时要达到上述几个标准同时具备的最优方案,往往比较困难,因而一般情况下,比较适宜采用西蒙提出的满意标准,遵循“有限合理性”原则,选择一种在现实条件下相对较好的方案。

(八) 方案合法化

在对方案进行选择之后,还必须将该方案合法化,使之成为权威性的政策。所谓刑事政策的合法化,是指法定主体为使刑事政策方案获得合法化地位而依照一定的权限和程序将方案付诸审查、通过、批准、签署和颁发的行为过程。刑事政策的类别不同,其合法化途径也不同。例如,从中央这个层次看,如果刑事政策需要通过法律来体现,则需要全国人大或全国人大常委会制定或修订法律,再由国家主席签署主席令予以公布,以此来获得合法化地位;如果刑事政策需要通过国务院的决定、命令或行政法规来体现,则需要国务院全体会议或国务院常务会议通过、总理签署国务院令予以公布,以此来获得合法化地位;如果刑事政策是以中共中央、国务院、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等部门的文件形式来体现,则由相关的部门印发后即具有合法化地位;还有的刑事政策可能通过会议、领导人的讲话来获得合法化地位,如2001年的“严打”刑事政策就是通过是年4月2日至3日的全国社会治安工作会议及会上江泽民、朱镕基等党和国家领导人的讲话来获得合法化地位的。

在进行方案合法化时,不光要注意程序合法化,还要注意内容合法化。例如,根据2000年3月15日全国人大通过的《立法法》有关条款之规定,对限制人身自由的强制措施和处罚,只能由全国人大或全国人大常委会制定法律,如果今后政府部门或司法部门出于某种刑事政策的需要,擅自出台限制人身自由的强制措施和处罚决定,则不能说是合法的。这样的刑事政策即使表面上通过某种形式(如颁发文件)进行了所谓的合法化,也不能说它就取得了合法化地位。^[50]

[50] 不过,象劳动教养、收容遣送等处罚和强制措施,由于其制定时,我国还没有颁布《行政处罚法》和《立法法》,因而不好说它们从一开始出台就没有合法性,只不过现在面临失去法律依据的问题。

四、我国刑事政策制定存在的问题及其改进

(一)我国刑事政策制定存在的主要问题

1. 民主化程度不够

“现代决策特征之一在于政府决策是一种群众参与程度较高的决策,它既是社会的一种价值要求,也是决策过程实际需要。”^[51]但在我国刑事政策的制定过程中,民主化程度还不够,表现在:(1)社会领域主体和经济领域主体对刑事政策制定缺乏必要的参与渠道。按照当代市民社会理论所提出的国家—经济—社会模式,一个社会的格局可由政治领域、经济领域和社会领域三部分组成。虽然刑事政策属于政治领域,但其制定必须建立于“国家与社会领域主体、经济领域主体的良好的互动关系”基础之上。^[52]而我国在刑事政策制定领域可以说完全是国家权力垄断,其他民间力量和社会组织缺乏有效的渠道向国家权力机关输入信息,表达自己的意见。(2)有意无意地搞神秘化。在刑事政策领域里,我们很少看到象在经济领域里那样在决策出台前广泛地向社会各界征求意见。还有,政法机关长期具有的神秘色彩至今没有多大改观(如死刑数字从来就是不公开的)。这与我们长期以来把公安司法机关看作人民民主专政(无产阶级专政)的刀把子等传统观念不无关系,实际上,人民民主专政的刀把子只是公安司法机关的功能之一,它们还具有服务社会等功能(如公安机关的“110”报警服务台等),对于后者更需要有的放矢,听取老百姓的声音。^[53](3)专家的作用发挥不明显。刑事政策制定,更多地是被看作一种政治行为,而不是一种科学行为,因而往往领导人说了算,不注意倾听专家们的声音。专家们要么根本没有途径参与对刑事政策的影响,要么即使有机会参与其意见也不能得到足够的重视和考虑。

2. 科学化程度不高

首先,如前所述,按照现代政策科学的原理,刑事政策的制定应遵循一定的程序,但我国刑事政策的制定往往没有很好地遵循这些程序,特别是缺乏必要的论证。其次,刑事政策制定中存在过于理想化的倾向。如1983年的“严打”,由于对改革开放后刑事犯罪的复杂性和长期性缺乏科学的认识,因而把政策目标定位在“一网打尽”、“实现社会治安形势的根本好转”上,这样的刑事政策注定会以短平快的打击策略为基点,而不可能着眼于预防和长期斗争,后来的事实证明,“一网打尽”的政策目标并没有实现,也不可能实现。^[54]第三,刑事政策受个案思维的影响较大。刑事政策是面向社会的,因而它只能着眼于社会的一般情况,而不是个别情况。但我国刑事政策的制定在这方面不能不说存在一些问题。例如,1996年“严打”的发动与是年2月2日全国人大常委会副委员长李沛瑶同志在其住所被杀不无关系,2001年的“严打”与石家庄“3·16”特大爆炸案有直接关系。如果我们深入分析一下这两个案件,前者作案的是混入武警队伍担任李沛瑶同志警卫任务的一名武警,后者作案的是一名旨在报复其家人和邻居的残疾人,就会发现,它们带有一定的偶然性,并不必然反映整个社会的治安形势。正如有的学者在分析2001年“严打”的文章中所指出:“必须明确的是,目前社会治安形势严峻与恶化并不是我国现实社会的主流状态。”^[55]

3. 缺乏系统性、协调性、

表现在:(1)头痛医头、脚痛医脚。回顾过去20多年来的刑事政策,我们不难看到,“严打”的刑事政策始终是占主流的,而“严打”所奉行的是“什么问题突出就解决什么,哪里问题严重就抓紧整治哪里”,于是

[51] 参见刘伯龙、竺乾威主编:《当代公共政策》,复旦大学出版社,2000年,第17页。

[52] 参见前引曲新久文,第63页。

[53] 例如,为了加强流动人口的管理,公安部出台暂住证管理办法,这并无不可,但在办理暂住证时却要交数额不菲的费用,再加上劳动部门要求办理的务工证费用,以及其他一些手续和支出,使得许多流动人口或出于经济上的考虑,或怕麻烦,能躲则躲,能逃则逃。这种不利于目标实现的政策的出台很大程度上就是因为政策制定者没有进行换位思考,没有充分考虑广大流动人员的意愿。参见鄯彩国:“谁为打工者挖掉‘证件大山’”,《检察日报》,2001年5月24日。

[54] 也许正是基于这种经验,2001年的“严打”目标调整为“在两年内使社会治安工作取得新的明显进步”,这样的目标显得较为现实。参见《人民日报》,2001年4月4日。

[55] 参见江启疆:“‘严打’该出手时就出手”,《中国律师》,2001年,第7期。

一场又一场的“严打”斗争和一个又一个的“严打”攻势在全国不断掀起,这种救火队式的刑事政策既不注重“瞻前”,即对犯罪原因进行深入的研究,也不注重“顾后”,即关注犯人的改造和回归社会,其结果只能是治标不治本,使下级公安司法机关永远处于疲于奔命的状态。(2)只及一点,不顾其他。刑事政策与社会政策紧密相连,有的社会政策本身就包含刑事政策的内容,正是在此意义上,李斯特提出:“最好的社会政策是最好的刑事政策。”近年来,我国出台的一些刑事政策和社会政策彼此兼顾不够,因而不能从根本上实现政策目标。如我们实行的收容遣送制度,且不说它对人权、法治所形成的挑战,光从管理社会、预防和控制违法犯罪的角度考虑,你把这些人收容遣送回去了,他们回到家里,养家糊口的问题没有解决,势必再一次出来,而由于收容遣送所造成的警民矛盾、干群矛盾以及被收容遣送者的心灵伤害和路费、伙食等开销,可能反过来会抵消收容遣送制度的积极效果,甚至得不偿失。又如,我们现在定期不定期地对一些娱乐场所进行治理,但这些治理效果并不明显,实践中形成“一打就走、打过之后再回来”的恶性循环,其实,只要想一想,那些数字庞大的“三陪小姐”就业问题和社会保障问题没有解决,而那些娱乐场所又没有得到根本上的压减关停,甚至有的执法机关治理的就不是为了要消除这些现象,而是为了创收,我们就可以想见,这种政策从一开始就带有结构性的缺陷。

4. 有的刑事政策可操作性不强

刑事政策既要有宏观上的指导作用,又要有微观上的可操作性,特别是某些具体的刑事政策,可操作性尤其值得重视,否则,就有可能因某个细节的疏漏而导致整个刑事政策在实施中的走样。例如,我们在历次“严打”斗争中都强调要“稳、准、狠”,但对于如何做到“稳”和“准”,则缺少进一步的要求和规范,结果在“严打”的氛围下,实际上“狠”字占了上风,“稳”和“准”被撇至一边。例如,据对某劳改农场1983年“严打”后新投劳改犯申诉问题的调查,从对148份案卷的审查结果看,全部或部分混淆罪与非罪界限的有17人,混淆罪与罪界限的7人,量刑畸重的13人,事实不清、依据不足、草率判决的6人。^[56]这里固然有一个刑事政策执行的问题,但也不可否认刑事政策自身的设计对刑事政策执行的影响。又如,近年来中央反复强调政法机关要吃“皇粮”,不许自己创收,但来自实际部门的信息表明,现在很多地方的政法机关并没有享受到吃“皇粮”的待遇,政法机关自己创收解决办案经费、岗位津贴甚至工资的现象非常普遍,这也与政策设计有关系,如何保证政法机关的“皇粮”,不保证政法机关吃“皇粮”怎么办?都不明确。在增强刑事政策的可操作性方面,最近国务院颁布的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》可以给我们一些启发,过去虽然也强调不能“以罚代刑”,但由于缺乏有效的制度约束,一些行政执法机关将本已构成犯罪的案件在自己部门内消化,使法律的严肃性大打折扣,现在,通过该规定将一些制度具体化,对扭转“以罚代刑”的风气将起到积极的作用。^[57]

(二)改进我国刑事政策制定的几点建言

1. 在科学主义的指导下,加强刑事政策制定的规范化、民主化

由于历史的原因,我国过去的刑事政策在很大程度上是与法律不健全联系在一起的,这种语境下的刑事政策制定,其科学性和规范性也就自然可想而知。今天,我们所讲的刑事政策,已经不再是法制不健全的产物,恰恰相反,它是与法制相辅相成的,是作为一门科学而存在的。因此,对刑事政策的制定也就提出了更高的要求,要求在其制定过程中增强规范性、民主性。就规范性而言,主要包含以下几方面的意思:一是要遵循前述的刑事政策制定的基本程序,即从发现问题、设立议程、分析问题、确立目标、方案设计、方案评估、方案选择到方案的合法化;二是要加强刑事政策问题的调研和政策制定过程的论证;三是要有能及时发现和补救刑事政策缺陷的机制,使刑事政策在必要的时候能得到适当的调整。就民主性而言,主要是指:(1)要最大限度地调动社会各界的积极性,使尽可能多的意见能反馈到刑事政策决策者手中来,对一些重大的刑事政策,还应采取适当的方式,公开向社会征集意见;(2)要充分发挥刑事政策研究机构和专家的作用,认真听取他们的意见,对一些比较复杂的刑事政策,可考虑采取招标的方式,让研究机构和高校组织专

[56] 参见前引马克昌主编书,第287页。

[57] 参见《人民日报》,2001年7月18日。

家起草一个或多个方案,以供讨论;(3)要保证各个刑事政策制定主体都能有所作为。首先,中央各政法部门在负责贯彻党中央和国务院的总的刑事政策的同时,还要积极结合自己的业务工作,适时制定相应的刑事政策;其次,各级地方党委、政府和有关职能部门不能仅仅充当中央刑事政策的传声筒,还应根据本地实际,对症下药,有的放矢,在自己的职权范围内制定出相应的刑事政策。

2. 以现代法治精神和国际人权公约为基准,用法治和人权来指导刑事政策的制定

我们国家已经确立了“依法治国”的治国方略,并且签署了《公民权利和政治权利国际公约》等一系列人权公约,这就要求我们今后在制定刑事政策时必须按照法治和人权的精神来行事。当前,我们在这方面面临的迫切任务是:要对过去一些不符合这一精神的刑事政策进行认真的清理和系统的反思,并作出相应的调整和变革,使之适应新的形势发展需要。例如,“坦白从宽,抗拒从严”一直是我国一项重要的刑事政策,^[58]但1998年我国签署的《公民权利和政治权利国际公约》第14条明确规定了犯罪嫌疑人和被告人的沉默权,按照此规定,犯罪嫌疑人和被告人不配合办案人员、拒绝回答其提问就不能视为“抗拒”,也不能“从严”,因为这是他所拥有的一项权利。是故,该政策宜调整为“坦白从宽,抗拒不从严”。又如,“区分两类不同性质的矛盾”(即区分敌我矛盾和人民内部矛盾)也是我国长期奉行的一项刑事政策,^[59]该刑事政策在我国过去刑事立法极不完备、政治斗争不断的特定历史条件下曾对定罪量刑发挥了重要的指导作用,但现在我们的刑事法制已经比较完备,而且确立了“罪刑法定”的原则,因而两类矛盾学说作为一项指导刑事司法的刑事政策,已经失去意义,今后在司法实践中,定罪量刑的唯一依据只能是法律的规定。再如,关于对少数民族犯罪分子实行“两少一宽”(即少杀、少捕,量刑时一般从宽)的政策,“当年使用的时候没有余力去研究它,在法制日益健全的今天,应该对它进行全面的分析,以决定它的去留问题。”^[60]我们认为,鉴于该项刑事政策在适用罪名、适用对象和具体内容上的不明确,加上当年适用该刑事政策的部分基础已经不存在(如绝大多数少数民族地区已经获得了长足发展),而且我们的刑法已有专门条款授权民族自治地方可经省级人民代表大会制定变通或者补充规定、报全国人大常委会批准施行(刑法第90条),为保证国家法制的严肃性和统一性,今后这一刑事政策不宜再继续在司法实践中直接应用,而应通过自治区或省的人民代表大会制定变通或者补充规定的方式来贯彻这一精神。此外,象目前我们的劳动教养、收容遣送等一系列在历史上曾经具有合法性地位的制度,都需要在新的形势下用新的刑事政策思想来重新予以审视,把维护社会治安和保障人权、弘扬法治有机地结合起来。

3. 大胆创新,勇于借鉴

最近几年,党和国家领导人在不同场合多次强调,创新是一个国家、一个民族的生命力,任何国家或民族要发展,没有创造性的思维是不行的。“创新已经能够成为科学界、技术界乃至社会问题研究的一个重要的指导思想。这是继‘百花齐放、百家争鸣’之后,党对科学界、学术界提出的又一个重要方针。”^[61]在刑事政策领域,我们也应提倡这一方针。

应当看到,由于种种原因,我国刑事政策的创新和借鉴还显得不够,对国外许多先进的刑事政策思想和行之有效的做法,我们都借鉴甚少,如不少西方国家都采纳的“社会服务”这样的公益劳动型,^[62]在我国仍然没有提上日程。又如,赦免作为一项具有重大刑事政策意义的制度,不仅在欧美诸国、而且在日本和韩国等亚洲国家均得到较普遍的运用,在这些国家,每逢重大节日或重大喜事,统治者往往运用赦免来普天同庆,用以缓解社会矛盾、促进社会团结,而在我国,虽然宪法上也规定了特赦制度,虽然改革开放前也曾实行过7次特赦,^[63]但恰恰在我国改革开放后民主法制建设取得大踏步前进的20多年里,虽然国家喜事不断(如香港澳门回归,建国50周年、建党80周年、新千年、申奥成功等),却从没有实行过一次特赦,这

[58] 参见前引肖扬主编书,第243页以下。

[59] 参见前引肖扬主编书,第90页以下。

[60] 参见莫志强:“对少数民族地区刑事政策的法制化刍议”,《现代法学》,2001年,第1期。

[61] 参见李铁映:“树立良好学风,勇于开拓创新”,《学习与参阅》,2001年,第9期。

[62] 参见谢望原、白岫云:“加入WTO后我国刑事政策的调整革新”,《新千年刑法热点问题研究与适用》(上),中国检察出版社,2001年。

[63] 参见何秉松主编:《刑法教科书》(上),中国法制出版社,2000年,第627—630页。

不能不说是近 20 年来我国刑事政策制定中的一个重要疏漏。究其原因,可能与我国实行的“严打”刑事政策有关,其实,即使实行“严打”,也不妨碍我们搞特赦,该严打的严打,该特赦的特赦,这样更能体现我们“宽严相济”的策略。还有,反思一下我们对于禁止卖淫嫖娼、禁毒的刑事政策效果,可以看到,简单地从法律上取缔和严惩并没有遏制住这两股浊流的汹涌膨胀,在西方,一些国家基于“生命重于道德”的理念,作出了无奈的选择,如在吸毒人员中推行用用过的针管免费更换新的针管、在卖淫嫖娼人员中推广使用和免费发放避孕套等,实践证明这些措施对于遏制爱滋病等疾病的蔓延起到了积极的作用。面对爱滋病这样的“世纪杀手”,我们是否也能采取一些更为务实的措施呢?这确实是刑事政策制定者所必须加以认真考虑的严肃问题。

4. 着眼于广义的刑事政策观,在刑罚外发掘治理违法犯罪的新举措

现代刑事政策的一个重要成果就是:在刑罚惩罚外,还有许多极有使用价值的解决犯罪问题的方法。^[64]我国也有学者研究指出:现在我们在刑事政策上过多地倚重刑罚方法特别是严厉的刑罚方法来解决犯罪问题,但实践证明,这一做法并没有收到理想的效果。^[65]因此,我们要在继续发挥刑罚作用的同时,广泛发掘防治违法犯罪、维护社会稳定的新途径。这里至少包含两方面的意思:一是对刑罚制度本身要进行改造,把它从现在单一的刑罚处罚结构改造成为刑罚处罚与保安处分相结合的二元结构。由于刑典刚刚修订不久,应具有相对的稳定性,因此可考虑制定一部专门的保安处分法,其适用对象大体上为:(1)违反《治安管理处罚条例》、屡教不改的,包括有重复吸毒和卖淫嫖娼等违法行为的;(2)犯罪情节轻微可以免于刑事处罚或者不起诉,但又由于行为人具有较大人身危险性不宜马上放回社会的;(3)依照《刑法》17 条的规定,因不满 16 周岁不予刑事处罚,而需要由政府收容教育的;(4)依照《刑法》第 18 条的规定,需要由政府强制实行医疗的那部分精神病人。^[66]二是要很好地总结社会治安综合治理的经验,建立健全各项预防机制和矛盾排查消解机制。社会治安综合治理总的思路是非常正确的,但现在的问题是如何改变实践中不少地方普遍存在的“说起来重要,干起来次要,忙起来不要”的局面,扭转一些环节存在的“综合治理,谁也不理”的现象,真正把社会治安综合治理的各项措施落到实处,使之规范化、制度化、经常化。各级地方党委、政府要根据中央总的刑事政策精神,结合各地的实际情况,制定切实可行的具体刑事政策方案,要保证在出台相关社会政策时把社会稳定作为一个重要因素加以考虑,要充分调动社会各界的力量来参与维护社会治安的工作,要在法制的轨道上不断探索综合治理的新路子、新途径。

(初审责编:程德文)

[64] 参见卢建平:“社会防卫思想”,载高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》,第一卷,法律出版社,1998年,第139页。

[65] 参见前引谢望原、白岫云文。

[66] 参见刘仁文:“劳动教养制度及其改革”,载陈兴良主编:《刑事法评论》,第9卷,中国政法大学出版社,2001年。