

· 前沿探索 ·

社会转型与刑事政策

刘仁文

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

摘要: 社会转型是指社会结构和社会运行机制从一种形式向另一种形式的转换。社会转型对刑事政策的影响在于犯罪状况的变化所引起的刑事政策的调整; 对于刑事政策模式的影响在于任何刑事政策, 无论其形式多么协调和谐, 也无论在什么时刻什么地方, 都不能用一个单一的刑事政策模式去看; 社会转型对刑事政策的价值的提升; 刑事政策的功能体可以从多方面去考察, 但最终归为两大功能: 导向功能与符号功能。

关键词: 社会转型; 刑事政策; 导向功能

中图分类号: DF61

文献标识码: A

一、社会转型与刑事政策的一般考察

社会转型是指社会结构和社会运行机制从一种形式向另一种形式的转换。社会转型对刑事政策的影响, 主要表现在以下两方面:

首先, 社会转型引起犯罪状况的变化, 进而引起刑事政策的调整。关于社会转型与犯罪状况之间的密切关系, 中外不少学者均有过研究。例如, 美国学者路易斯·谢利经过考察指出: “犯罪已成为现代化方面最明显和最重要的代价之一。” [1] (P200) 我国学者肖剑鸣也持类似观点: “犯罪现象的暂时性局部加剧是改革进程中所必然要付出的代价。” [2] (P67) 王智民、黄京平两位先生对转型期的经济发展与犯罪变化之关系进行了考察, 指出在经济持续增长的同时, 犯罪现象也呈现出不断增长的趋势。例如, 1990年与1980年相比, 全国国民生产总值由4470亿元增加到17400亿元, 平均每年增长8.966%, 但1989年与1978年相比, 刑事案件的立案率也增长了2.2461倍, 平均每年增长11.298%。 [3] (P1) 学者郭星华指出了前述“同步论”者(经济发展与犯罪增长之间存在一种“同步效应”)的局限, 认为“仅考察经济这一项因素与犯罪之间的关系是远远不够的, 有必要把视野放宽一些, 考察其他与犯罪变化有关的因素。”另外, 学者张小虎对当代中国社会转型的犯罪原因也进行了探析, 指出宏观上, 转型期中国社会犯罪率的增长主要源于意识价值、社会分层的失衡而构成的社会紧张, 尤其是这种紧张缺乏合理有效的制度规范予以化解。微观上, 个体犯罪行为 and 由目标与现实之间的拉距所构成的紧张正相关, 而与由合法

作者简介: 刘仁文(1967-), 男, 湖南隆回人, 法学博士, 经济学博士后, 中国社会科学院法学研究所教授。

参见郭星华:《当代中国社会转型与犯罪研究》, 第5页。这种观点也得到了另一些学者的支持: “如果只从一般现象出发, 把经济发展与犯罪增长这两个社会发展过程中可能并存的现象牵强地作为必然的因果关系去考察, 就有可能把犯罪学研究引入歧途。”参见康树华主编:《比较犯罪学》, 北京大学出版社1994年版, 第508页。虽然笔者在犯罪原因问题是持多因论的, 但对于前述“同步论”者的思路, 笔者并不认为它会吧犯罪学研究引入歧途, 倒更倾向于将其看作是一种“片面的深刻”, 想想犯罪学史上的龙勃罗梭等人, 他们留下的实证资料和思维比起某些纯意识形态的犯罪学者来, 不知要宝贵多少倍。

方法、违法成本所表现的化解负相关。[4] (P200)

社会转型导致犯罪的变化和增长,也相应导致国家刑事政策的调整。犯罪学家约翰·康克林曾指出:“可以通过政策最大限度地减少社会变迁的破坏性效果,从而减少犯罪。”[5] (P476)我国学者吴宗宪也认为:“在历史上的许多社会和国家中,剧烈的社会变迁往往伴随着犯罪数量的大量增加,但是,通过调整刑事政策和其他社会政策,可以减少社会变迁的消极后果,从而避免社会变迁伴随着犯罪增长的现象。”[6] 不错,社会转型常常伴随着刑事政策的调整,而且大多数情况下这些被调整的刑事政策都能发挥积极的作用,不过也应当注意到,有时候政策调整者的主观意图不一定能实现,因此才有政策试点、政策再调整等。

其次,社会转型本身也会直接影响刑事政策的变化。这方面,以意识形态的影响最为显著。正如犯罪学家沃尔特·米勒所指出:“意识形态及其后果对于刑事司法政策和程序发挥着强有力的影响,人们大大忽视了这种影响的程度和类型。意识形态是刑事司法永久的、隐含的工作事项。”根据对美国社会中不同阶层和职业的人们的意识形态观念的研究,米勒发现,人们的意识形态观念可以归入一个从左到右的维度的不同点上:“左”表示“激进”,“右”表示“保守”,左右之间是“中间立场”。具有“左”或“右”的意识形态观念的人对犯罪问题及其对策有一套自己的看法,刑事政策的制定者和执行者也不例外。如果刑事政策的制定者具有“左”的意识形态观念,他们就会在制定刑事政策时,把自己对犯罪的认识和相应的犯罪对策观念制定为刑事政策,反之亦然。同样,刑事政策的执行者也会在执行刑事政策时,根据自己或“左”或“右”的意识形态观念,理解和执行刑事政策。社会上的民众,一方面受着意识形态的影响,另一方面也通过舆论、选举等途径表达自己在犯罪与刑事政策问题上的意识形态观。

从历史上看,因意识形态的变化而导致刑事政策发生变化还可举出以下例子:我国古代由于相信“天道”,因而有“刑忌(刑杀的禁忌)”制度。瞿同祖先生曾指出:在古人观念中,春夏是万物滋育生成的季节,秋冬则是肃杀蛰藏的季节,这是宇宙间永远不易的自然秩序,宇宙间一切物体都不能违背此规则,为了与自然秩序相配合调适,人类的行为,尤其是政治行为,都讲究“顺于四时,与天道相应”。由于死刑的本身便是剥夺宇宙间生命的杀戮行为,与四时生杀的自然秩序的关系更为直接,更为密切,所以“刑杀必于秋冬,断不能于万物生长的季节施行杀戮,而敢与自然秩序相背”。[7] (P262) 刑杀的禁忌除阴阳四时外,还有宗教节日的禁忌,如唐、宋以正月五月九月为断屠月,每月十斋日为禁杀日,这些都是佛教的影响。此外,“遇祭祀日期亦停刑”。[7] (P262 - 264) 但现在,由于我们已不再“迷信”,因此在死刑执行政策上也就没有这些禁忌。

吴宗宪先生在谈及社会变迁直接影响刑事政策时,认为还有其他因素,以堕胎为例:我国上个世纪50年代,人口问题还不突出时,堕胎行为被看成是不道德甚至是犯罪的行为。但当后来人口膨胀、“计划生育”成为我国一项基本国策后,堕胎行为就被非犯罪化了。在西方,各国刑事政策对堕胎行为的态度也发生过变化,最初堕胎被当作违背上帝意志的罪恶行为而加以激烈谴责,后来又有人道主义的理由支持下,使用重罚来阻止人工堕胎行为,但面对世界范围内的人口剧增和环境恶化,一些国家和地区对堕胎行为性质的认识开始有所改变,实行有条件的非犯罪化(对堕胎行为性质认识的改变,真的是由于人口剧增和环境恶化的原因吗?正如下文举的美国的例子所说明,至少不全是,甚至主要不是,而更可能是从怀孕妇女的人权等角度。——笔者注)。例如,美国最高法院1973年在“罗诉韦德”一案中裁定,对流产作不适当限制的州法律是违宪的,从而将孕期3个月的流产合法化。此外,吴文还指出,在西方,象赌博、使用毒品、制作色情作品、同性恋等,过去往往是作为犯罪来处理的,但现在,在一些国家和地区也已经实现了有条件的非犯罪化。参见吴宗宪:《论社会变迁与刑事政策的调整》,《社会公共安全研究》,2001年第5期。

Walter B. Miller, "Ideology and Criminal Justice Policy: Some Current Issues", in Andrew Rutherford (ed., 1997), *Criminal Policy Making*, Aldershot: Dartmouth, P. 186. 米勒认为,“意识形态”一词可以在多种意义上使用,他所说的“意识形态”是指与道德秩序和政治秩序有关的抽象信念或假设的体系,其重要特点包括:意识形态假设一般是一些潜意识的而不是明确清楚的假设,在大多数情况下,这些假设是无法检验的;意识形态假设具有强烈的情绪色彩,这种情绪色彩并不是很明显的,但是它会被一定的刺激所激发。当针对具体的个人形成意识形态假设后,这种假设就很难改变,因为它们会通过自我维护或自我强化系统而接受或者拒绝新的证据。

二、社会转型与刑事政策的模式

(一) 刑事政策的不同模式

法国学者戴尔玛斯·马蒂以国家和社会为切入点，提出了两类、五种刑事政策的“复杂的游戏”式的模式，其中统合于国家的有三种，统合于社会的有两种：

1. 国家模式。国家模式可分为自由社会国家模式、专制国家模式和极权国家模式。三种国家模式的共同点表现在对犯罪的国家反应上，即它们与刑法的联系很强。这正好对应了马克斯·韦伯的理论。在韦伯看来，国家是成功地垄断了合法的物质制约的政治结构或政治统治。韦伯认为，国家还具有其他一些特征，如法律的合理性，其结果是立法权和司法权的专门化和专事保护公民安全、维护社会公共秩序警察的建立，还有行政管理的合理化，这种管理的基础是允许国家对尽可能广泛的领域如教育、卫生、经济、文化等进行干预。依据韦伯类型分析的理论，国家是不同模式共同体现权力的地方，是刑事政策要着力唤醒社会成员对其合法性的信任的合法性所在。对于合法性，以制约为基础的纪律还不满足于同意，还想将其奉为真理。但三种国家模式的合法性——或合法化是不一样的，这也正是三种模式在面对越轨行为即偏离正常性的行为时结构不同的原因所在。

(1) 自由社会国家模式。在这种模式中，由法律来规定犯罪以及对犯罪的国家反应；但因为难以精确地界定越轨行为，法律禁止国家插足其间，而将这一问题交给市民社会。“自由”是这一模式的首要价值，因而，自由有双重保障，一是对犯罪和越轨进行区分的保障；二是对国家干预的范围进行限制的保障。该模式的特征是刑事网络非常发达，因为自由的宗旨要求培育一系列手段实体的或程序的，以限制国家干预的范围。同时，由于法律体系总体演化，必将导致刑事政策体系演化，随着非刑事化运动的发展，刑事制裁大有逐渐让位于其他制裁措施之势，如行政制裁、民事制裁和调解。[10]

(2) 专制国家模式。这一模式的统治者是人，权威应得到属人化的服从。传统统治所依据的要么是习惯规则，要么是个人随意的任意性，而不是明确和正式的原则。“这种专制是一种阴沉的，在社会生活中无孔不入的权威，是一种连拒绝也被整合，最终受到鼓励的不痛不痒的、不可捉摸的权威，这种权威虽不可捉摸，却被人糊里糊涂地接受。”国家反应可以随心所欲地指向犯罪人，也指向越轨者，因而，专制模式的最大特点是国家垄断了“监视与惩罚”，秩序价值放在首位。

(3) 极权国家模式。极权国家模式对犯罪的反应不是预防、惩罚，而是采取消灭的战略，因而，其共同特征是将对刑事犯罪的反应延伸到越轨领域，将一切偏离正常性的行为都视同刑事犯罪。在极权主义思想指导下，国家凌驾于法律之上，法律成为统治者的工具。在这种模式中，行政权具有优先地位，“国家机器在某种程度上吸收、吞食了市民社会”。[8] (P149)

2. 社会模式。社会模式可分为自主社会模式和自由社会模式。社会模式排斥了一切国家反应，以社会反应来对付全部犯罪与越轨行为（实际上犯罪行为与越轨行为相混淆，严格说是违反规范的行为），与这种模式相对应的是原始社会和所谓无国家的社会的实践。

(1) 自主社会模式。这一模式遵循的是自我管理（主要指社会团体，仍然保留着高度的自治性）、纪律制裁（依照行业规则、内部规章和纪律守则）、自主防卫（如集体受害人的防卫、私人侦探服务、私人保安队等）的原则。[8] (P169)

(2) 自由社会模式。在这一模式中，“国家的形象自行消失”，对犯罪——越轨行为只有一种反应，其中一个人对所有人的注意，所有人对一个人的注意即构成控制，这种控制的使命是永不终结的。部落社会的控制与反应有两种主要形式：一种是外向的报复性反应（即复仇和战争）；另一种是内向的报复性反应（即刑事制裁）。这种建立在同一实体成员之间相同关系之上的报复

形式反映了一种内部团结，构成了一种比真正“刑事”反应更有意义的共同体反应，因为刑罚只是众多反应形式中的一种，而且只能在所有调和的努力都失败后才能进行干预。自由社会思想所选择的正是在没有任何国家干预的情况下成功地保持在互相之间密切团结的人的共同体内部的凝聚力，其目的是将越轨者重新整合进共同体而不是对犯罪进行惩罚。在某种意义上说，它们偏爱的是正常性，而不是规范性。自由社会模式试图从“市民”社会过渡到“公民”社会，公民靠道德自律，靠自愿负责，伸张正义靠舆论法庭。自由社会模式要么是原始社会的回归，要么是理想国的天堂，要么是“社会自行组织的自由乌托邦”。[8] (P187)

我国学者严励在此基础上，将刑事政策模式分为以下三类：第一类国家本位型刑事政策，它是国家至上理念在惩罚犯罪中的表现形式，又可分为两种主要形态，即专制型刑事政策和极权型刑事政策。[9] 第二类国家-社会双本位型刑事政策，其思想基础来自于“社会先于国家”这一基本理念，它与韦伯提出的法制型模式相契合。第三类社会本位型刑事政策，其思想基础来自两个方面，一是巴枯林、蒲鲁东等人的无政府主义思想，一是马克思主义的国家消亡观。

此外，还有学者对刑事政策的模式作了如下划分：从惩罚对象的范围看，可以分为收缩型的刑事政策（即非犯罪化的趋势）、扩大型的刑事政策（即犯罪化的趋势）。从惩罚权（刑事政策主体）的制约和受控程度上看，可以分为专制型的刑事政策（权力不受制约，为追求秩序，宁可牺牲正义和自由）、极权型的刑事政策（国家为追求秩序，消灭犯罪不加区分不加限制地控制一切偏离规范的行为）、民权型的刑事政策（以保护国民利益为出发点，限制国家行为）。从惩罚权的合法性看，可以分为法制型的刑事政策和非法制型的刑事政策。从刑事政策主体划分，可分为国家型的刑事政策和社会型的刑事政策。[9]

对以上观点，作两点简单评述：

首先，正如戴尔玛斯·马蒂本人所承认的，“模式”这一分析工具具有软弱和脆弱性，由于它是对复杂现实的抽象，因而只能是“观察对象的近似”。正是在这个意义上，我们必须看到韦伯的这种所谓“纯粹理想类型”研究模型与现实的差距。事实上，韦伯就指出：“同一种历史现象，在一方面可能是封建的，在另一方面可能是父权制的，而在另一方面可能又是官僚主义的，此外还可能是博爱的。”[10] (P54) 具体到刑事政策的运作，它既可能使不同模式在同一时期处于复数状态（例如，一方面对某些行为实行非犯罪化，另一方面又对某些行为实行犯罪化），也可能使同一模式呈现出一种复杂的“游戏关系”：“在这种游戏中，多种互相补充或互相矛盾的力量在各个方面进行交锋，在这些力量对比的关系中，经济的因素、文化的因素相互交织、互相转化、互相促进或互相对立，刑事政策的游戏和政治游戏交织在一起。”[10] (P58) 例如，即使同属“国家-社会双本位型刑事政策”模式，恐怕不同国家或者同一国家的不同时期，国家和社会的比重也是不一样的。正如有的学者所指出的：“任何刑事政策，无论其形式多么协调和谐，也无无论在什么时刻什么地方，都不能用一个单一的刑事政策模式去看。对于一个具体的刑事政策来说，此模式和彼模式不过是一个主要的参照物。”[11] (P339)

其次，上述学者对刑事政策模式的一些阐述，不乏可推敲之处，如“社会本位型刑事政策”到底是一种应然还是一种实然？若从实然看，除非原始社会，但那种社会中存在我们现在语境中的刑事政策吗？若从应然看，国家消亡真的可能吗？又如，“国家-社会双本位型刑事政策”的提法也值得商榷，“本位”就意味着一事物在逻辑上具有先于他事物的地位，因此要么“国家本位”，要么“社会本位”，而不能两者都“本位”。总的看，用类似于“自由社会/法治社会的国家模式”来取代“国家-社会双本位模式”的提法，显得更为妥当。

应当肯定的是，从国家和社会的分野这个角度来考察刑事政策的模式建构，有其科学性。这不仅因为从应然看，国家与社会的关系问题是任何一种公权力所要解决的核心问题，而且从实然看，一个社会刑事政策模式的变化，无不在国家与社会的比重之间不断地变化。下面，以晚近

20 多年来我国刑事政策中社会因子的介入和增多为例，来说明社会转型中刑事政策模式的演变。

(二) 从社会转型看刑事政策的模式建构

面对中国社会转型期刑事犯罪的持续上升和刑罚的不断加码，我国一些学者开始转换控制犯罪的思路，例如，储怀植教授早在 1993 年就提出：要从国家控制犯罪转向国家和社会联手控制犯罪，将刑罚权和刑事司法权从国家手中分出一部分还给社会。[12] (P409) 这是从理论自觉而言，事实上，现实也在滋生、孕育和推动着社会力量的成长，并侵蚀着传统上由国家垄断的一些刑事政策领域，兹举例如下：

1. 保安队伍的发展壮大。由于转型期社会治安形势的复杂化、刑事犯罪的严重化，使国家维护社会稳定的压力空前加大，在正规警力难以独自承担全部维护治安的任务的情况下，国家逐步允许、提倡甚至鼓励保安公司的成立。我国当代第一家“保安服务公司”是 1984 年在深圳特区前沿的蛇口工业区诞生的。1985 年，全国政法工作会议对此给予了肯定，并要求各地“借鉴国外经验，在大中城市创办保安服务公司”。现在，全国共有经公安机关审批、在工商行政管理部门注册登记的保安服务公司 1500 多家，保安从业人员近 30 万，他们在为客户提供安全服务、预防违法犯罪、协助公安机关维护社会治安秩序等方面做了大量工作，发挥了重要作用。但是，在我国当前保安业的发展过程中，也出现了一些不容忽视的问题。首先，保安公司的组建混乱。除了公安机关批准成立的正规保安公司，还有大量企事业单位自建的保安公司和社会上违规建立的一些“黑保安”公司。其次，保安公司的管理体制不顺。保安公司名义上是独立的企业法人，但实际上与公安机关的关系一直没有脱钩。再次，保安队伍的素质偏低，从业人员违法乱纪现象时有发生。最后，保安业务的范围过窄。我国目前保安服务业的总体发展水平还比较低，保安公司还没有形成专业化、集团化，因而其业务范围主要集中在提供人力守护之类的低层次服务上，满足不了社会对技术防范、金融押运、大型集会或赛事的安全防范等高层次服务的需要。[13]

可见，保安业虽然在我国已取得合法化地位，但它仍然存在一系列制约其健康发展的问题。鉴于社会对保安的需求仍在增大，建议借鉴国外的先进经验，启动保安专项立法，通过制定适合我国国情的《保安法》(或者《保安条例》)，明确规定我国保安业的性质、地位，保安公司的设立条件、程序，保安人员的招聘、培训、管理和使用，保安公司的经营管理方式，以及保安公司与公安机关、保安公司与保安协会的关系，等等。

2. 私人侦探的出现及其发展。“私人侦探”是指通过公开或秘密的调查活动去获得情报或证据的民间组织或人士。它既不是官方的机构，也不是律师等传统意义上的法律工作者。我国当代第一家私人侦探机构是 1992 年在上海成立的“上海社会安全咨询调查事务所”，后由于公安部发文规定禁止设立私人侦探公司，这个机构被取消。对私人侦探业的规制恐怕应当换一种思路，那就是：在默许其存在的同时，要从反面来尽可能地对其消极一面予以防止，如通过政策性文件明确和重申私人侦探从业过程中哪些行为是严格禁止的，它们各自要承担什么样的法律责任，还有的则可采取对相关问题的规制，如证据采信规则、公民的隐私权和知情权之平衡等，进而达到对私人侦探业的制约。

就本文而言，这里与其是要找出一个对待私人侦探业的正确方案，还不如说是要提醒读者关注这样一个现象：在时下中国这样一个社会转型期，私人侦探业的诞生和存在有其社会根源和市场需求，立法者也好，政策制定者和执行者也好，他们的能力是有限的，他们不能脱离社会环境去创造法律和政策，只能顺应时势去反映社会要求，并在此前提下发挥一定的主观能动性。作为决策者，如果不充分认识到这一点，其制定出来的政策就会因脱离现实而严重碰壁，要么无法实现，要么强行推行也要付出巨大的成本。

正如有学者所指出：“中国改革开放以来，随着国家行政权力从社会—经济领域的部分退出，社会生活的逐渐非政治化和商品经济的迅速发育，国家与市民社会的二元性分化开始进行，中国

市民社会也正在起步营建。”[14] (P11) 随着中国市民社会的进一步壮大，我们有理由相信，各种经济组织、社会组织乃至公民个人在刑事政策的制定与执行中会发挥越来越重要的作用。曾几何时，由民间慈善组织来开办戒毒所是不现实的事，但现在已经在我国一些地方试行并取得较好效果。而西方一些国家出现的监狱私营化现象，至少现在在我们看来还不可思议，但如果有一天，私营改造公司真的迈进我们的监狱大门，或提供技术服务，或开办矫正设施，既省钱又改造效果好，我是不会太惊讶的。

三、社会转型与刑事政策的价值

(一) 刑事政策的价值简论

一般认为，价值是客体在与主体需要的互动关系中产生的有用性。价值的基础在于客体的固有属性，但客体的固有属性本身并不就是客体的价值，只有与主体需要相联系，客体才能体现、发挥出其对主体的价值，也才能说客体具有有用性。

对于源于“价值”这样一个深奥的哲学范畴的“刑事政策价值”概念，本文不准备在此展开讨论，仅以以上介绍作为提供给读者进一步思考的引子。下面，让我们来关注一下刑事政策的价值到底有哪些。

有学者认为，刑事政策的价值（目标）包括自由、正义和秩序。另有学者进一步对古典主义刑事政策思想、实证主义刑事政策思想、新社会防卫论刑事政策思想的价值（目标）分别作了论述。例如，该论者认为古典主义刑事政策价值（目标）以保护自由、平等等个人权利为基本出发点，但在正义与程序的价值选择上功利主义与报应主义有所不同，功利主义强调一般预防，注重对社会秩序的保护，因而忽视或轻视法律的重要价值之一的正义；报应主义虽然也主张对社会秩序的保护，但他们始终把正义摆在第一位，对社会秩序的保护自然就放在了次要的价值地位。[15] 还有学者以人的需要为“支点”，根据需要的内容与主体的不同，将刑事政策视野中的人的需要分为经济性需要、伦理性需要两个层次和秩序性需要、个体性需要两个侧面，进而得出与之相对应的效率、公正与秩序、自由四个不同层次和不同侧面的价值目标，并提出“在法治的框架内，刑事政策的价值目标应遵循‘效率优先，兼顾公正’与‘秩序优先，兼顾自由’的模式”。[16] (P83)

笔者基本同意围绕秩序与自由、公正与效率这两组范畴来讨论刑事政策的价值目标，至于何者应当处于“优先”位置、何者只能处于“兼顾”地位，理论上完全取决于论者本人的观点。但从刑事政策的实践看，显然不同的社会、不同的时期，统治者所追求的刑事政策目标也是有所不同甚至是截然不同的。另外，在这两组范畴之外，恐怕还有值得挖掘之处，例如，我国近年来在司法文明化、人道化方面从中央到地方相继推出的一系列措施，如给犯罪嫌疑人戴头套、在法庭上给犯罪嫌疑人摘掉手铐，允许死刑犯刑前会见家属，不再强制囚犯剃光头，对取保候审、减刑、假释等实行听证，对部分改造表现好的罪犯和劳教人员允许其配偶前来监狱、劳教所“夫妻同居室”过周末等，可以看作是追求文明和人道价值目标的政策。可见，价值的划分是可以多维度的，不宜简单地以粗概细。

(二) 从社会转型看刑事政策的价值选择

手上一则报道也报道了英国有私人监狱：由于国家监狱管理不善，加上监狱耗资巨大（每关押一个犯人的年平均成本为2.7万英镑），在押人犯不断上升造成安置困难等原因，在1986年撒切尔夫人执政时期，英国便开始探索监狱的私有化道路。1991年，英国正式通过“刑事裁判法”，拉开监狱私有化的帷幕。目前，英国共有11所私人监狱，其中1/3由全球第二大保安服务企业——丹麦运科公司管理，私人监狱在管理上要受到内政部监狱服务局等部门的监督。参见许安结：《英国有私人监狱主》，《环球时报》2003年6月18日。

下面，通过几个例子来考察一下我国当今的社会转型给刑事政策的价值选择所带来的影响。

例 1：从收容审查、收容遣送的废止看刑事政策价值观中自由分量的提升

自中国于 20 世纪 70 年代末实行改革开放以来，一方面在吸取“文化大革命”无法无天的教训基础上，国家决心走法制之路，但另一方面，在治安压力日益加大的情况下，又常常在社会秩序与公民个人自由之间面临一种紧张关系。作为一种国家反应，刑事政策此时往往更多地表现出对秩序的关注，当这种对秩序的关注导致公民个人自由受到侵犯，而日益增进的社会人权观念又不能容忍时，又会反过来提升自由在刑事政策中的价值。收容审查和收容遣送的命运即为适例。先看收容审查（简称收审），其法律根据是国务院 1980 年 2 月 29 日发出的《关于将强制劳动和收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》（以下简称《通知》）。据此，收容审查有两种情况：一种是某人有轻微违法犯罪行为又不讲真实姓名、住址、来历不明，比如在公共汽车上抓获的扒手；另一种是某人有违法犯罪行为又有流窜作案、多次作案、结伙作案嫌疑需要收容查清罪行的。有的人是上述两种情况都具备，有的是知道真实姓名、住址、来历明确，但有流窜作案、多次作案、结伙作案嫌疑的。但在实践中，收容审查对象被大大扩大，特别是 1983 年“严打”后，收审已经成为公安机关适用于一切案件的手段，以收审代替拘留、逮捕的现象十分普遍。虽然公安部《关于整顿和加强对流窜犯罪分子收容审查工作的通知》第 3 项规定：“收容审查一般不得超过 1 个月；因案情复杂，需要延长收容时间的，应写明理由，经收容场所领导集体讨论，报地、市公安局批准，但最多不得超过 3 个月。”但是，实践中超期收审的现象十分突出。对于这样一项措施，社会反应强烈，特别是在执行中越来越多的“走样”和“突破”，引起人们对其侵犯人权的严重担忧。有的学者就尖锐地指出：“这个问题到了非解决不可的时候了，不能再拖下去。仅靠一个《通知》限制许多人的的人身自由是缺乏严肃性的，这涉及人权问题。”[17]（P454）另有学者也指出：“现行宪法第 37 条规定：‘中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。’尽管收容审查在名义上不算正式逮捕，但在限制人身自由的严厉程度上，两者没有什么区别。人身自由是一项基本人权，剥夺人身自由的法律，只有全国人大及其常委会才有权制定。公安部当然无权制定这样的规章。即使是国务院，不经立法机关授权，也无权制定长期限制公民人身自由的行政法规。全国人大及其常委会过去没有今后也不可以作出这种授权决定。”[18]在学界一片声讨声的同时，“公安机关却认为放弃收审或严格执行《通知》，就缺少同犯罪作斗争的有效手段，于办案不利”。最后，机会终于来了，1996 年修订刑事诉讼法时，官方采纳了专家意见，取消了收容审查制度。同时，为了防止取消收审而削弱追究犯罪的力度，降低了拘留、逮捕的条件，将逮捕要求的“主要犯罪事实已经查清”改为“有证据证明有犯罪事实”，对拘留则删除“罪该逮捕”的前提条件。这样，就在法制的框架内比较“妥善地解决了这个久议未决的老大难问题”。[17]（P602）

再来看收容遣送。收容遣送的废止，源于孙志刚案的查处，但由此引发的对收容遣送制度的声讨却有涨无消。5 月 14 日，由三位法学博士以中华人民共和国公民身份联名签署的一份题为“关于审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的建议书”传真至全国人大常委会法制工作委员会；5 月 23 日，五位法学专家又联合上书全国人大常委会，提请就孙志刚案及收容遣送制度实施状况启动特别调查程序。在此情况下，6 月 18 日，国务院总理温家宝主持召开国务院常务会议，审议并原则通过了《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法（草案）》。6 月 20 日，新

参见《陈光中法学文集》，中国法制出版社 2000 年版，第 453 页。之所以以收审代替拘留和逮捕，是因为拘留、逮捕的要求比较高，如逮捕的一个基本条件是“主要犯罪事实已经查清”，拘留的一个基本条件是“罪该逮捕”。——作者注。

偶然的事件、极端的事件常常和一项制度的变革、存废联系起来，也常常和一项新的举措、政策联系起来，孙志刚事件导致收容遣送废止是一例，刘涌案导致法律专家意见书自生自灭也是一例（自从刘涌案后，据说律师和当事人请法律专家开论证会的事情就大大减少了），某个恶性案件的发生催化“严打”也可看作这方面的例子。

法规公布，并于同年8月1日起施行，同时废止1982年国务院发布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》。从此，强制性的收容遣送制度不再存在，换之以自愿性质的救助。虽然废止收容遣送制度会给社会治安管理带来更多的“不方便”，但考虑到其对人权保障的威胁，还是“两害相权取其轻”。

例2：从简易程序审看刑事政策价值观中对效率的关注

“公正与效率”是晚近几年司法改革的一个热门话题，最高人民法院将其作为新世纪的主题加以提出。[19]从一方面来说，公正与效率是统一的，但从另一方面看，二者有时也存在一定矛盾，这就需要最大限度地寻求一种平衡。

具体到刑事领域，情形也大抵相同。以简易程序为例，1996年修订的刑诉法根据案件压力比较大、刑事司法资源又不可能在短期内有较大投入的现实，规定了三类可以适用简易程序的案件：一是案件“事实清楚，证据充分”，而且可能判处的刑罚不超过三年刑期，检察院建议或同意适用简易程序的；二是告诉才处理的；三是被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。此类案件庭审很简单，由独任法官负责，起诉书当庭宣读，省去举证的许多环节，在实际操作中，公诉案件庭审时检察院可以不派人出庭，只要被告方陈述、辩护及被告人作最后陈述后，法庭就可以直接裁判。

据悉，目前各地法院，尤其是一些案件压力比较大的城市，都较多地使用简易程序。有媒体称，刑事案件中使用简易程序的占25%；一些法院希望将简易程序的使用扩大到60%，甚至更多。[20]不过，有些法院觉得仅仅使用简易程序还不足以促进效率，因而自1998年起，这些法院又开始尝试“普通程序简易审”。

普通程序简易审与简易程序的要求大同小异，不同之处是该案涉及的刑罚已超过三年，而且普通程序简易审需要更多的程序步骤，例如，庭审时检察院必须有人到庭，但检察官只需要“概述”一下事实。与简易程序一样，无需询问被告和其他证人，庭审仅仅是用来讨论适当的刑罚。

2003年3月，最高人民法院、最高人民检察院和司法部联合发出《关于使用简易程序审理公诉案件的若干意见》、《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》两个司法解释。前者的制定目的是“为依法适用简易程序，提高审理刑事案件的质量和效率”，它规定，可适用简易程序审理的公诉案件必须是“被告人及辩护人对所指控的基本犯罪事实没有异议”，“人民法院在征得被告人、辩护人同意后”才能决定适用简易程序，并从政策上明确：“人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚”。另一方面，又规定了几种不能适用简易程序审理的情形，如比较复杂的共同犯罪案件，被告人、辩护人作无罪辩护的，被告人系盲、聋、哑人的，等。还规定，在适用简易程序审理公诉案件时，发现有下列情形之一的，应当将简易程序转为普通程序重新审理：（1）被告人的行为不构成犯罪；（2）被告人应当判处三年以上有期徒刑刑罚；（3）被告人当庭对起诉指控的犯罪事实予以否认；（4）事实不清或者证据不足；（5）其他不宜适用简易程序审理的情形。

后者的制定目的也是“为提高审理刑事案件的质量和效率”，其适用范围是“被告人对被指控的基本犯罪事实无异议，并自愿认罪的第一审公诉案件”，人民法院适用本“意见”审理案件时要“确认被告人自愿同意”，并且也从政策上明确：“对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚”。对于适用此“意见”审理的案件，其具体审理方式相应得以简化。如，被告人可以不再就起诉书指控的犯罪事实进行供述；公诉人、辩护人、审判人员对被告人的讯问、发问可以简化或者省略；控辩双方对无异议的证据，可以仅就证据的名称及所证明的事项作出说明；控辩双方主要围绕确定罪名、量刑及其他有争议的问题进行辩论。当然，“意见”也明确排除了一些案件的适用，如被告人系盲、聋、哑人的，可能判处死刑的，外国人犯罪的，有重大社会影响的，被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的，共同犯罪案件中，有的被告人不认罪或者不同意适用本

意见审理的，等。

十分明确，两个司法解释特别是第二个司法解释的基本精神旨在提高刑事审判的效率，当然，从公正考虑，二者也都对被告的合法权益分别有所强调，如对简易程序的规则，这次增加了新的要求：法院只有在“征得被告人、辩护人同意”后才能决定适用，这一点对促进公正很重要，因为按照1996年修订的刑事诉讼法，只需要检察院建议或同意，即可适用简易程序，根本没有提到被告，此次新增必须征求辩护方的意见的要求，反映了对控辩双方之间的平衡的关注。

两个司法解释关于被告权利的规定虽然表明了政策制定者努力平衡刑事案件中公正与效率之间的关系意图，但如果执行不当，这些司法解释也有加剧公正与效率之间已经存在的不平衡的危险。为了避免这种情况的发生，论者认为，各地法院在执行关于简易审的司法解释时应当采取实际措施来维护公正，具体而言：

第一，各级法院应当要求法官认真审视被告的供词。按司法解释的要求，被告自愿认罪的必须由法官认可。美国也有类似规则，但美国法官在很大程度上依靠被告的律师指出有问题的案件。在中国至今仍有许多刑事被告缺乏律师代理、检察官与被告之间的力量又存在固有的不平衡的情况下，应该鼓励法官负起调查被告是否自愿认罪的主要责任。如果有可信的迹象表明认罪是被强迫的，例如，被告庭审时对签字的供词的真实性提出疑问，而且有一定的证据，那么在使用简易审判之前，法庭应该要求检察官履行其举证责任，证明其供词确实是自愿的。此外，法庭应该采取措施确保被告不会由于推翻逼供之下所做口供而受到报复。

第二，最高人民法院应该鼓励法院通过设置分立的机构从制度上把握是否采用简易审的决定与被告是否有罪的判定区分开来。按司法解释，由同一法官决定适用何种程序，并由他再进行审判。这里的问题是，案件很多，法官面临处理案件的压力，为加快庭审的速度，法官必然倾向于选择简易审判。解决这个问题一个办法就是由不同法官负责诉讼案件的不同部分，从而减少使用简易审判的动力，增加被告获得公平对待的机会。

四、社会转型与刑事政策的功能

（一）刑事政策的功能论争

关于刑事政策的功能，学界主要有如下一些意见：

一种观点认为，刑事政策的功能主要指刑事政策在犯罪控制这一社会系统中所起的功效和作用。具体而言，刑事政策有导向和调节两大功能。导向功能主要体现在：1. 在刑事实体法方面：划定打击范围，确定打击重点，设定打击力度，选定打击方式。2. 在刑事程序法方面，主要体现在实体法与程序法追求的目标不统一时，前者的目标是尽可能使罪犯少漏法网，后者的目标是高效地执行实体法并少出错案；在少漏网和少出错出现不统一时，就会出现“宁错勿纵”和“宁纵勿错”两种不同的政策选择；程序法的种种制度、具体规则以及运行机制最终无不与此等政策思想密切相关。3. 在组织法方面，刑事政策的导向功能也有体现。组织法的核心问题是权力配置，这当然属于政策范围。调节功能主要体现在：1. 内部调节，即对刑事立法和刑事司法之间的调节，它包括立法通过刑事政策调节司法和司法通过刑事政策调节立法两个方面；2. 外部调节，即对刑事法律与社会状况（主要指犯罪态势）之间的调节，如犯罪化与非犯罪化。[21]

另一种观点认为，刑事政策的功能包括：导向功能、规制功能和中介功能。导向功能是指刑事政策指导犯罪预防和犯罪控制活动，为犯罪预防、控制指明大致的方向、路线、途径；规制功能是指刑事政策为国家机关预防、控制犯罪确定了具体的行动规则，并进而影响一般公民和实施违法犯罪行为的公民的行为。中介功能一方面表现为刑事政策是刑事立法与司法之间的中间环节，另一方面表现为刑事政策还是理论与实践的中间环节。

笔者认为，刑事政策的功能可以从多方面去考察，如积极功能和消极功能；保障（人权）功能与打击（犯罪）功能；限制功能与扩张功能；创新功能与守旧功能；惩办功能与宽大功能；明示功能与含糊功能；等等。而所有这些，都可归入两个最基本的功能，那就是导向功能和符号功能。需要指出的是，那种认为“刑事政策的功能指的是刑事政策可能产生的积极作用”的观点并不妥当，事实上，功能作为一种客观存在，它既有可能是积极的，也有可能是消极的，因为积极与消极是一种主观评价，例如，某一项刑事政策的出台，突破了罪刑法定的原则，它带给法治的破坏作用就是一种消极功能。

（二）从社会转型看刑事政策的功能实现

在社会转型期，由于法律具有相对的稳定性和滞后性，因而许多事情都靠发挥刑事政策的功能来实现。试举几例：

1. 守旧功能。2000年12月13日最高人民法院公布了《关于刑事附带民事诉讼范围的规定》，其中第1条第2款规定：“对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”为什么要做此规定呢？据最高人民法院参与该项司法解释的同志介绍：民法通则颁行以前，对公民的姓名、肖像、名誉受到犯罪行为侵害的，不能提起附带民事诉讼，没有争议。但民法通则确定了精神损失应当赔偿的原则后，这一原则是否适用于附带民事诉讼，各地认识和做法都不统一。最高人民法院认为，由于刑事诉讼法第77条明确规定只能对犯罪行为造成的“物质损失”提起附带民事诉讼，而且对被告人判刑本身就是对被害人的一种抚慰，因此明确指出法院不受理因精神损失而提起的附带民事诉讼。[22]

尽管笔者并不同意最高人民法院的这一司法解释精神，但这里我们暂且只从刑事政策的功能角度来分析一下这一司法解释在司法实践中所起的作用，无疑，它将结束“各地认识和做法都不统一”的局面，导引着各级地方法院一律不受理因精神损失而提起的附带民事诉讼，而被害方也因此失去提起此类附带民事诉讼的依据。

2. 创新功能。2002年8月，四川省古蔺县人民检察院对一起重大的森林火灾案“创造性地启动刑事附带民事诉讼程序”，法院审理后，以失火罪判处被告人黎某有期徒刑一年、缓刑二年，并判处其在2002年10月至2007年8月期间，补种被其烧毁的2.175万株林木，恢复457.7亩林地的民事责任。判决后，黎某表示认罪服法不上诉。后在检察机关、林业主管部门的监督和督促下，黎某雇请20多户农户及亲朋好友投工投劳400多个，历时2年，完成了法院判决种树的民事义务。媒体在报道该案例时，还披露：该决定是四川省、泸州市、古蔺县三级检察机关取得共识后，协调法院作出的。[23]

3. 限制与扩张功能。由于在“打黑除恶”的司法实践中，出现了对刑法第294条的“组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪”的泛化（不少地方将不属于“黑社会性质组织”的一般犯罪集团和流氓犯罪团伙都按刑法第294条来追诉定罪），最高人民法院于2000年12月发布了《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》，对刑法第294条规定的“黑社会性质组织”限定了四个条件，这对防止“打黑”面太大起到了较好的限制功能。但其中关于“保护伞”的规定又使得某些确实具备了立法条文所指的“黑社会性质组织”特征、只因查不出“保护伞”而无法对其定罪，因而最高人民检察院认为最高人民法院的这一司法解释对刑法第294条做了不适当地限制，在多次协商未果的情况下，最高人民检察院正式提请全国人大常委会法制工作委员会对此进行协调。[24]（P43-44）后全国人大常委会发布了《关于 中华人民共和国刑法

参见刘仁文：《建立刑事被害人的精神抚慰和经济补偿制度》，载《法制日报》1999年4月29日。需要说明的是，该文主要是从应然上阐述的，从实然上看，要么可通过立法解释确立刑事被害人的精神痛苦赔偿，要么可通过如下法官释法的方式：虽然刑事诉讼法上找不到依据，但民法通则上可找到依据，作为一种民事诉讼（尽管是附带的），应以民事基本法为准。

第 294 条第一款的解释》，在基本保留最高人民法院关于黑社会性质组织的其他特征的基础上，去掉了“保护伞”这一限定条件，可以说是对最高人民法院的司法解释做了一定的扩张。

4. 明示与含糊功能。2003 年 1 月，最高人民法院发布了题为《关于行为人不明知是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》，其全文如下：行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。该司法解释第一次明确了一个多年来在刑事立法上不明确、刑事司法中不统一、刑法理论上纠缠不清的问题，明确规定奸淫幼女罪的主观方面必须是“明知”，被认为是“体现了主客观相统一的原则和区别对待的刑事政策”。[25] 问题是，为什么最高人民法院对这样一个早在 20 多年前就困扰司法实践并在理论界引起极大聚讼的问题迟迟不予表态呢？这恐怕就要结合社会变迁中的性道德、性观念等多种因素来理解了，20 多年前，社会上的性观念还相当保守，人与人之间发生性关系的严肃性较之现在肯定要高，而一个女性特别是幼女与男人发生性关系，无论对其本人还是对其家人的影响和打击都远胜于今天，在此情形下，最高人民法院对这样一个敏感话题就选择了沉默的态度，而沉默本身就是一种政策，此所谓含糊功能。此次最高人民法院就此作出明确的司法解释，无意带有明示的功能。

5. 符号功能。据新华社消息：2003 年 10 月 1 日，43 岁的北京市人叶国强因拆迁问题跳入天安门城楼前金水河，被警方刑事拘留和逮捕，后被北京市第二中级人民法院以寻衅滋事罪判处有期徒刑二年。虽然对叶的行为是否构成寻衅滋事罪学界有不同看法 [26]，但不可否认的是，警方和法院的此举，经由新华社向全国播放，意在表明官方的态度，防止更多的人效仿其行为。

参考文献：

- [1] [美] 路易斯·谢利. 犯罪与现代化——工业化与城市化对犯罪的影响 [M]. 何秉松译. 北京：中信出版社，2002.
- [2] 肖剑鸣. 无形之手——现代化与犯罪潮 [M]. 重庆：重庆出版社，1996.
- [3] 王智民，黄京平. 经济发展与犯罪变化 [M]. 北京：中国人民大学出版社，1992.
- [4] 张小虎. 转型期中国社会犯罪原因探析 [M]. 北京：北京师范大学出版社，2002.
- [5] John E. Conklin, *Criminology*, 2nd ed, New York: MacMillan Publishing Company, 1986.
- [6] 吴宗宪. 论社会变迁与刑事政策的调整 [J]. 社会公共安全研究，2001，(5).
- [7] 瞿同祖. 中国法律与中国社会 [M]. 北京：中华书局，1981.
- [8] [法] 米海依尔·戴尔玛斯·马蒂. 刑事政策的主要体系 [M]. 卢建平译. 北京：法律出版社，2000.
- [9] 严励. 刑事政策的模式建构 [A]. 刑事法评论：第 13 卷 [C]. 北京：中国政法大学出版社，2003.
- [10] [德] 马克斯·韦伯. 社会科学方法论 [M]. 杨富斌译. 北京：华夏出版社，1999.
- [11] [法] 克里斯蒂娜·拉塞杰. 刑事政策学导论 [A]. 高铭暄，赵秉志. 刑法论丛：第 6 卷 [M]. 卢建平译. 北京：法律出版社，2002.
- [12] 储怀植. 刑事一体化与关系刑法论 [M]. 北京：北京大学出版社，1997.
- [13] 刘仁文. 保安业的发展应予以规范 [N]. 法制日报，2001 - 02 - 11.
- [14] 邓正来. 国家与社会——中国市民社会研究 [M]. 北京：四川人民出版社，1997.
- [15] 严励. 刑事政策价值目标的追问 [J]. 政法论坛，2003，(5).
- [16] 侯宏林. 刑事政策的价值分析 [D]. 北京：中国政法大学博士学位论文，2004.
- [17] 陈光中法学文集 [C]. 北京：中国法制出版社，2000.
- [18] 李步云. 宪政与中国 [A]. 宪法比较研究文集：2 [C]. 北京：中国民主法制出版社，1993.
- [19] 肖扬. 公正与效率：新世纪人民法院的主题 [N]. 人民法院报，2001 - 01 - 1.
- [20] [美] 蒲杰夫. 刑事简易审判中的公正与效率 [N]. 法制日报，2003 - 07 - 24.
- [21] 储怀植. 刑事政策的概念、结构和功能 [J]. 法学研究，1993，(3).
- [22] 熊选国. 解读《关于刑事附带民事诉讼范围的规定》 [A]. 张军. 解读最高人民法院司法解释. 刑事、行

政卷：1997 - 2002 [C]. 北京：人民法院出版社，2003.

- [23] 刘德华. 造成森林大火，戴罪栽种树苗：被告人提前3年超额完成判决义务 [N]. 法制日报，2004 - 03 - 23.
- [24] 陈泽宪. 刑事法治之求索 [M]. 北京：法律出版社，2003.
- [25] 刘仁文. 奸淫幼女与严格责任——就“高法”司法解释与苏力先生商榷 [J]. 法学，2003，(10).
- [26] 易延友. 公民有发泄不满的自由吗？[N]. 新探求，2003 - 11 - 20.

责任编辑：徐 岱

Society Transition and Criminal Policy

LIU Ren-wen

(Institute of Law, CASS, Beijing, 100720)

Abstract :Society transition means the structure and the operation mechanism changes from one form to another. The influence of society transition to criminal policies is in the change of the criminal status , and the adjustments of the criminal policies ; its influence in the mode of criminal policies is that all criminal policies , however coordinated and harmonious they are , wherever and whenever , could not be seen by a single mode ; its influence in the values of criminal policies is in the improvement of liberty and efficiency. The function of criminal policy shows conservative and innovation , expressed limitation and expanding the function.

Key words :society transition ; criminal policy