

施行宽严相济刑事政策之隐忧

陈 晓 明^{*}

内容提要：宽严相济刑事政策作为我国的基本刑事政策，对缓解社会冲突、防止社会对立、构建和谐社会具有重大意义，但是，在对宽严相济的理解和适用、宽严对象的确认、该政策对行刑效果的影响以及相关的社会控制机制等问题上均存在隐忧。现阶段应着力解决宽严相济刑事政策与现有的刑法原则、制度和实务的协调或配套问题。刑事政策效用的发挥和实现，有赖于完善的立法、司法、行刑和社会控制机制，没有各个方面的支持和配合，刑事政策将难以发挥预期的作用。

关键词：宽严相济 刑事政策 轻重犯罪标准

一、引 言

“刑事政策”一词起源于德国，在德文中是由“刑事”（Kriminal）和“政治”（Politik）两个词所组成，称之为“Kriminalpolitik”，其本意是指如何用政治策略来处理犯罪问题。可见，政治与政策密切相关，政治决定政策的内容，而政策也必须藉由政治机制来实现。但是，自德国刑法学家费尔巴哈于1803年在其所著的《刑法教科书》中正式提出“刑事政策”的概念，并将其定义为“国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和”^{〔1〕}以后，政治不再直接贯穿入刑罚的层次，而是透过刑事政策回应政治秩序对刑罚功能的期待，从而使得刑罚成为纯粹的维护秩序的工具。^{〔2〕}

现在人们对刑事政策的理解，往往不再深入挖掘其政治意涵，而是停留在法律层面。刑事政策通常被理解成运用刑事法的手段抗制与预防犯罪的方略，包括刑事立法政策、刑事司法政策和刑事矫治政策。刑事政策的重点不是对犯行的确认，而是在其功能取向层面。刑事政策的制定受所处政治经济条件的制约，也受社会环境和犯罪态势的影响，因而不同国家不同历史背景下防治犯罪的方略不同，表现的刑事政策也就有区别。

宽严相济刑事政策现阶段已成为我国的基本刑事政策。关于其内涵，目前权威的解释是：“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，实现法律效果和社会效果的统一。”“一方面，必须坚持‘严打’方针不动摇，对严重刑事犯罪依法严厉打击，什么犯罪突出就重点打击什么犯罪，在稳准狠上和及时性

^{*} 厦门大学法学院教授。

〔1〕〔法〕米海伊尔·戴尔马斯-马蒂：《刑事政策的重要体系》，卢建平译，法律出版社2000年版，第1页。

〔2〕参见许恒达：《刑罚理论的政治意涵》，台湾《月旦法学杂志》2006年第137期。

上全面体现这一方针；另一方面，要充分重视依法从宽的一面，对轻微违法犯罪人员，对失足青少年，要继续坚持教育、感化、挽救方针，有条件的可适当多判一些缓刑，积极稳妥地推进社区矫正工作。”〔3〕由此可知，宽严相济的精神实质就是分清犯罪轻重的不同情况，实行区别对待，该严的从严，该宽的从宽，做到有宽有严，宽严适度。

从内容上看，宽严相济刑事政策与英美等西方国家早在20世纪80年代就已开始施行的两级化刑事政策（严厉刑事政策和轻缓刑事政策的同时并进）〔4〕并无实质区别。从这个意义上说，宽严相济刑事政策并不是一项全新的刑事政策。西方国家在施行两级化刑事政策的同时，也发展出了两级化的刑事处罚策略，即对于危害社会重大的犯罪和高危险的犯罪人，以有效压制犯罪，维护法秩序为出发点，施以严厉的处罚，其策略为立法上的入罪化、司法上的重刑化和行刑上的隔离化；相对地，对于轻微犯罪以及具有矫治可能性的犯罪人，则采用和缓的措施，以限制国家刑罚权发动、提升经济性为出发点，使用转向措施，使其不受刑罚制裁，或以和缓的方式处遇，其策略为立法上的非罪化、司法上的非刑化和行刑上的非机构化等。〔5〕这一政策的制定和施行，标志着西方国家在抗制犯罪方面战略的重要调整。目前，这一政策已成为席卷西方国家刑事政策的主流。当时制定此政策的背景是：一方面，面对高犯罪率的社会现状，面对民众的集体性恐惧，政府需要加大惩罚力度以回应民意要求；另一方面，严厉政策造成监狱人满为患，资源投入过大，财政负担过重。为此，在将大量资源集中于重大犯罪的同时，对大量尚有挽救余地的犯罪人则采用各种转向措施或刑罚替代方案以节省资源。此背景与我国目前所面临的情况相似，可以说，两极化刑事政策和宽严相济刑事政策具有相同的社会背景和政策考量。

西方国家在实施两极化刑事政策的过程中，虽然在满足民众期待、提升政府威信方面取得了一定的成效，但在法律面和社会面都存在一些问题，引起了人们的反思。宽严相济刑事政策在我国刚刚施行，它得到官方肯定，学界的普遍赞扬，很少有人对这一政策可能面临的问题进行探讨。之所以出现这种情况，可能是因为：首先，它符合人们重罪重罚、轻罪轻罚的常识性认知；其次，它兼顾了宽严的平衡，使得人们在经历漫长的“严打”政策之后看到了某些调整；再次，在表述上做了巧妙的安排，以宽与严的搭配和互补并彼此作为合理化的依据从而成功地化解人们的批判力道。实际上，宽严相济刑事政策具有两面性，它在体现多层次的积极价值的同时，又含有可能造成观念、法律、制度和实务错乱的隐忧。本文试图对这些隐忧做初步的探讨。

二、对“宽严相济”的理解和适用

宽严相济刑事政策寓含有对严重的犯罪人严惩，对轻微的犯罪人轻罚之意。这是合理的，它符合人们对处理犯罪的一般认知。但是，对一项基本的刑事政策仅作这样的理解是不够的，因为刑事政策不仅仅是刑事立法、刑事司法和刑事矫治工作的指针，更应成为刑事立法、刑事司法和刑事矫治工作的具体准则。为此，必须有一个更为全面、更为确切的理解，以使其能够切实落实到实践之中。

目前，学术界对“宽严相济”有多种表述，但内容上基本一致，具有代表性的是陈兴良教授的提法。他认为，宽严相济之“宽”的含义应当是轻缓。刑罚的轻缓，可以分为两种情形：一是该轻而轻，即对较为轻微的犯罪应当处以较轻之刑；二是该重而轻，即对所犯罪行较重的行为人，在具

〔3〕 罗干在2005年12月5日至6日召开的全国政法工作会议上的讲话。

〔4〕 我国刑法学者杨春洗教授称之为“轻轻重重”刑事政策，即“对轻微犯罪，包括偶犯、初犯、过失犯等主观恶性不重的犯罪，处罚更轻；对严重的犯罪，处罚较以往更重。”参见杨春洗主编：《刑事政策学》，北京大学出版社1994年版，第397页。

〔5〕 参见许福生：《刑事政策学》，台湾三民书局2005年版，第525页以下。

有坦白、自首或者立功等法定或者酌定情节的情况下在法律上予以宽宥，在本应判处较重之刑的情况下判处较轻之刑。宽严相济之“严”，是指严格和严厉两层含义，严格是指该作为犯罪处理的一定要作为犯罪处理，该受到刑罚处罚的一定要受到刑罚处理；严厉主要是指判处较重刑罚，当然是指该重而重。宽严相济的“济”，是指救济、协调与结合之意，也即不仅是指对于犯罪应当有宽有严，而且在宽与严之间还应当具有一定的平衡，互相衔接，形成良性互动，以避免宽严皆误结果的发生。换言之，既不能宽大无边或严厉过苛，也不能时宽时严，宽严失当。^{〔6〕}

上述理解从字面上看应该没有问题，或许也符合政策的本意，但从深层次上分析，它实际上有以下几个问题没有解决：

首先，宽严相济刑事政策的新意何在？大凡一项刑事政策的制定和实施，必定有其创新和突破，它一定是在对以前的刑事政策进行反思和总结经验教训的基础上产生的，是在对犯罪态势和社会发展关系进行判断的基础上做出的新思考。而上述理解并没有反映出宽严相济刑事政策与以前的刑事政策有实质的不同。试想，难道以前不是对轻微犯罪判处较轻刑罚吗？难道以前没有对具有法定从轻或减轻情节的犯罪人予以法律上的宽宥吗？难道过去不是该重就重、不该重则轻吗？可见，上述理解并没有反映这一新的刑事政策与过去的政策相比有什么超越，有什么与时俱进的深刻内涵。

其次，如何把握宽和严的尺度？陈教授的解释是“既不能宽大无边也不能严厉过苛”，这太过抽象，根本无从把握。也有学者提出对危险犯罪人实施的严重犯罪要朝着“较原本的重罚更重”的方向改进，对偶发犯罪人实施的轻微犯罪则要向“比原本的轻罚更轻”的目标趋近。^{〔7〕}这看似有些新意，但问题是如何才是“更重”或“更轻”？“严打”的刑事政策已经将刑罚的运用发展到极致，在现行社会状况下如何还能更重？难道要超越现行法律规定吗？至于更轻，许多学者提出可走司法上的非犯罪化与非刑罚化之路。这也有创意，但是当立法上对某行为是犯罪化和刑罚化的时候，司法上如何能不定罪判刑？如果真是这样，不就与现代刑法基本原则发生冲突了吗？当然，也可解释成是在法律的范围内的“更重”或“更轻”，也即既不法外施恩也不无限加重，但是法律并没有提供事实与法律之间的一一对应关系。模糊地带的出现会使界限把握不准，在实践中就会出现偏差，导致同罪不同刑、轻罪重罚或重罪轻罚的情况，其结果必然是要么以牺牲社会利益、放弃社会保护为代价，要么以牺牲犯罪人权利为代价，从而违背法治国家的基本要求。

再次，许多学者认为“济”是本政策最大特色，具有宽严之间相互渗透、补充、结合的意思，以宽济严，以严济宽，宽严有度。这样的解释从字面上看是没有问题的，但在理论和实务面却存在一些问题。从理论上说，不同质的东西是无法在一个平面上进行整合的，只有在立体的状况下才可能整合，就像当年著名德国刑法学家麦耶创立刑罚目的“分配主义”一样。麦耶将刑罚划分为刑之制定、刑之量定和刑之执行三个阶段，认为在不同的阶段，应有不同的指导原则，无论是正义还是预防都不能也无法贯穿整个过程。在立法阶段，强调正义（报应）；在量刑阶段，强调刑罚的确认；在行刑阶段，则强调预防。各种观念不能予以结合，而应予以分配。^{〔8〕}将这一原理运用到宽严相济刑事政策上，宽和严立体的整合，就是要对适用对象作类别化区分。宽和严体现了不同理念，代表了不同价值观，因而适用于不同对象，“宽”对轻微犯罪人，“严”对严重犯罪人，而中道立场则针对处于中间地带的大多数犯罪。再从实务上看，很难设想对同一个犯罪人既重又轻。如何才能体现是“宽”还是“严”？可能有人会说对某些严重犯罪分子，如果有自首或者立功表现的，就可以

〔6〕 参见陈兴良：《宽严相济刑事政策研究》，《法学杂志》2006年第1期。

〔7〕 胡云腾、廖万里：《宽严相济刑事政策的刑法学解读》，载赵秉志主编：《和谐社会的刑事法制（上卷）》，中国人民公安大学出版社2006年版，第167页。

〔8〕 参见许福生：《刑事政策学》，台湾三民书局2005年版，第252页以下。

做到严中有宽。很明显,这是一个法律层面问题,而不是政策层面问题,两者属于完全不同的层面,不应混淆。

一项新的刑事政策的施行,不仅标志着刑事司法实务的改变,而且也意味着现代刑法的基本原则受到空前的挑战。国外实行两级化刑事政策的经验表明,政策的推行需要改变现存罪刑对价关系,重新检讨罪刑等价关系,将重罪处罚更重,轻罪处罚更轻。这实际上已超越了责任主义原则所设定的界限。责任主义与罪刑法定主义、法益保护主义一起并称为西方国家现代刑法的三大基本原则,具有刑罚创设机能(刑罚的正当性问题)和刑罚量定机能(刑罚限度问题)。如此重大突破,当然就需要有正当化机制的配套。为此,西方国家在立法、司法、程序和行刑等方面都采取了充分的配套措施。如在美国,立法上有重刑化立法措施,主要表现在严密刑事法网和严格刑罚适用等方面。如美国在1994年通过并施行了“暴力犯罪控制及执行法”(Violent Crime Control and Law Enforcement Act),俗称“三振出局法”。该法实际上是将美国盛行的棒球比赛规则运用到刑事法领域,它规定对于触犯两次重罪的重刑犯,或曾犯一次以上重罪的暴力犯或涉毒犯,再犯一次重罪者,则处终身监禁不得假释。此联邦法被全美三十多个州采用,但稍有不同。如加利福尼亚州规定,犯两次重罪,第三次再犯重罪或暴力犯罪者,处25年以上有期徒刑至终身监禁或是处三倍于原刑期的处罚;而乔治亚州则规定,只要是第二次严重暴力犯罪即处终身监禁不得假释。^{〔9〕}在司法上,为保证量刑的公平与公正,发起量刑改革运动,制定《量刑指南》,以减小刑罚的不可预测性。有了量刑基准,无论宽与严都有了基本的依据。在程序上,强调严格的正当程序(due process)的运用,以为防止权力滥用和权利侵犯提供程序性保障。在行刑上,一方面改变监狱功能,将部分犯罪人永久与社会隔离,以防他们再危害社会;另一方面大量采用社会性处遇措施。

反观我国,在立法方面,宽严相济刑事政策精神还没有在我国的刑事立法中得到很好的体现,刑罚仍然存在结构性缺陷,刑罚资源没有得到合理配置,在轻重失调情况下,各种刑罚的效果之间就会相互抵消,宽和严都难以实现;在司法方面,在法律中的宽严标准较为模糊的情况下,司法者具有较大的自由裁量空间,此时司法者是否能对政策精神全面把握和吃透,是否能真正做到宽要有节,严要有度,于法有据,令人担忧。在行刑方面,目前我国对刑罚及非刑罚方法的执行无论在执行方法、执行手段、执行标准甚至执行主体上均未有统一、明确的刑事立法,直接导致伴随这一政策而来的许多措施无法实行,从而也造成政策的精神无法贯彻。

德国著名的刑法学家李斯特曾说过这样一句名言:“法制是刑事政策不可逾越的藩篱”。刑事政策毕竟属于特定情况下的非常策略,在法治国家强调的是依法治国,而非依政策治国。因此,在法律与政策关系的处理上,法律的权威不容任何动摇,刑事政策的制定和运用不能违背法制的一般原则。所以,宽严相济刑事政策应受到如下几个原则的限制:一是受罪刑法定原则的限制。罪刑法定代表着法治社会刑法的内在精神,是法律适用的刚性底线。罪刑法定不仅意味着法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,同时还意味着禁止法外开恩或适用无法律规定的处罚方法。这是法治原则在刑法中的直接体现。任何法外量刑或适用无法律规定的刑罚都是对这一原则的直接违反。二是受罪责刑相适应原则限制。所谓罪责刑相适应原则,是指刑罚的轻重与犯罪行为的社会危害性程度和犯罪分子应承担的刑事责任的大小相适应,做到重罪重罚,轻罪轻罚,罪刑相称,罚当其罪。在刑事法治的背景下,罪责刑相适应意味着犯罪与刑罚之间的对称性与比例性,既反对重罪轻判,也反对轻罪重判,以体现刑罚的公正性。刑罚公正其基本价值,必须得到尊重。公正是“社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。”^{〔10〕}刑事政策作为一种抗制犯罪、维护社会秩序的方略,其实际运作涉及到对公民基本权利的影响,因而公正也必然成为刑事政策的价值追求。

〔9〕 参见徐向:《美国三振出局法——问题与联想》,台湾《刑事法杂志》1995年第6期

〔10〕 [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

在这一点上,刑事政策和罪责刑相适应原则应当是一致的,刑事政策的运用也应有其底线,必须符合最基本的公平、正义原则。逾越这样一个界限,刑罚效果只会适得其反。刑罚过重,犯罪人不可能认罪服法,反而可能加深其对社会的仇恨,以致报复社会;刑罚过轻,正义的观念无法实现,对犯罪人也可能达不到教育的目的。

一个刑事政策是否适时适度,是否有相关制度配套,直接影响到惩罚和预防犯罪的整体效果,关系到国家刑事法制建设的进程以及社会和谐稳定和国家长治久安。因此,刑事政策的施行不仅仅是刑事司法工作的调整,更需要有刑事法律制度的修改和完善,以尽可能缩小法律规范与政策乃至现实的距离,从而使政策的精神真正得以贯彻。

三、宽严对象的确定标准

在宽严相济刑事政策的指导下,需要对不同犯罪采用严厉和轻缓两种截然不同的处理态度以及相对应的处理流程。一部分属于严厉打击的对象,另一部分属于轻罚或转处的对象。为此,就必须将不同案件类型化,区别轻重以适用不同模式。

但是,如何区分犯罪的“轻”与“重”是一个复杂的问题。犯罪和犯罪人是多样的和复杂的。就犯罪而言,犯罪种类繁多,形态各异,社会危害程度轻重不一;就犯罪人而言,情况更是千差万别,复杂多样,不一而足。既然情况如此纷繁复杂,就需要有一个明确的标准。目前,通常的标准有两个:一个是以行为性质的轻重为标准;另一个是以犯罪人的人格特质,如人身危险性程度为标准,其基点是犯罪人是否具有“矫治可能性”。此外,也可能是以法定刑高低为标准或将前述几个标准合为一体的综合性标准,比如,最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济司法政策的若干意见》中指出,对犯罪区分,“应当综合考虑犯罪的社会危害性(包括侵害的客体、情节、手段、后果等)、犯罪人的主观恶性(包括犯罪时的主观恶性、犯罪后的态度、平时表现等)以及案件的社会影响,根据不同时期、不同地区犯罪与社会治安的形势,具体问题具体分析。”^[11]

上述标准看似简单、合理,但实际操作起来却有问题。首先,如采用第一个标准,在立法技术上是否可行存在疑问,面对错综复杂的几百种乃至上千种犯罪如何一一归类?即使硬要划出这样一个界限,一定会造成很大的落差。况且随着社会环境和治安形势的快速变迁,人们的价值观、道德观和法律观也在发生改变,导致对犯罪的性质以及刑事制裁的界限都会有所改变。其次,如果采用第二个标准,事实上更不可行,因为在未进入或刚进入司法程序的时候就需要加以确定,这就存在着谁来确定和如何确定的问题,况且以此为标准的可操作性很低,目前的科学和技术并没有提供一个公认的人身危险性衡量尺度。而且,对犯罪人“矫治可能性”是以过去的表现还是以现实的罪行来判断?如是前者,显然过于粗暴和简单;如是后者,则与第一个标准无异。再次,如果是按一定的法定刑为标准显然是过于简单化,因为这是将刑事责任单纯建立在犯罪行为上,缺乏对罪前和罪后犯罪人的考察,无法体现出刑罚的个别化。最后,如采用综合性标准则可能经常面临着不同标准之间的冲突问题,比如严重犯罪的偶犯或轻微犯罪的惯犯,也就是说罪行重大但人身危险性不大或罪行不大但人身危险性不小,当遇到这种重中有轻,轻中有重的时候,又该如何处理?比如,一个一贯表现良好但基于义愤而杀害对其打击报复之人的罪犯,无疑是一个低危险人;而一个整天在街上游荡偷摸滋事的人肯定是一个高危险者,难道我们可以将前者施以社区矫正,而将后者判处长期徒刑吗?这涉及量刑的伦理问题。至于“不同时期、不同地区犯罪与社会治安的形势”,对于从事具体实务的司法工作者来说,更是一个摸不着边际的事情,很难把握。

纵观世界,目前还没有哪个国家的法律能够按一定标准将犯罪明确分为轻重两类,学术界也没

[11] 参见最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济司法政策的若干意见》,《检察日报》2007年2月2日。

有。日本学者森下忠也许是一个开拓者,他认为应以犯罪程度或类型加以区分,适用重罚的对象是严重犯罪、帮派犯罪、药物滥用、累犯、精神病质者及恐怖分子等,适用轻罚的是轻微暴力与财产犯罪、风俗犯和交通肇事等。^[12]很明显,这只是举例性提法,而非严谨的分类标准。

我国的法律至今也没有提供一个轻重的明确界限,虽然相关的标准已出现在一些规范性文件或学者的论述之中。比如最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济司法政策的若干意见》中指出的,“严”的对象主要是黑社会性质组织犯罪、恐怖犯罪、毒品犯罪以及杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架、投放危险物质等严重危害社会的刑事犯罪;严重破坏金融秩序、侵犯知识产权、制售严重危害人身安全和人体健康的伪劣产品;重大环境污染等破坏环境资源犯罪以及重大贪污贿赂、渎职侵权的职务犯罪。而“宽”的对象主要是未成年人、在校学生、老年人、严重疾病患者、盲聋哑人、初犯、从犯或者怀孕、哺乳自己婴儿的妇女等。^[13]这一规定,与其说是一个区分标准,不如说是一个原则性的宣示。其划分的依据极为复杂,有的是犯罪性质,有的是人身危险性程度,有的是主体的生理因素,还有的是在共同犯罪中的地位,林林总总,实在很难把其看作是逻辑严密、依据统一的标准。况且,犯罪是复杂的,以上述“严”的对象杀人为例,有的是谋财害命,有的是基于奸情,有的是出于义愤,还有的是防卫过当,难道一律从严?

至于学者的论述,更是五花八门,比如有学者曾经形象地指出要“抓大放小”,即对严重的有组织犯罪、暴力犯罪、国家工作人员的职务犯罪等严重危及社会生存与发展、民众安宁与秩序的犯罪,即不能矫治或矫治有困难的犯罪/犯罪人实行严格的刑事政策,即“抓大”。对于情节较轻的刑事犯罪、偶发犯罪、无被害人犯罪、与被害人“和解”的犯罪等,也就是不需矫治或者矫治有可能的犯罪/犯罪人实行宽松的事政策,即“放小”。“抓大放小”的本真含义是:“严”其应当严的,必须严;“宽”其可以宽的,应当宽。^[14]此种论述虽然形象生动,但可操作性很低,离成为一个可供司法实践借鉴和参考的标准还有很大的距离。

区别轻重是实行宽严相济刑事政策的基本前提,区别对待是其基础,它建立在对犯罪轻重加以区别的基础之上。虽然政策本身没有必要作精确的划分,但刑事立法上必须给出一个明确的区分界限,否则,立法上的模糊地带就可能会造成司法上的恣意行事,司法者的价值取向和意识形态就会轻而易举地渗透进刑罚决定过程,结果是轻重的范围与政策的精神不相一致,从而影响法律的严肃性和权威性,影响刑事政策目标的实现。

四、对行刑效果的消极影响

西方国家两极化刑事政策的施行带来许多观念上的改变,其中重要的表现就是刑罚目的的改变。刑罚目的的改变有两个:一是将刑罚的威慑作用改为消极的一般预防,而让民众确认法规规范的存在,提高规范意识作为积极的一般预防。矫治是积极的特别预防,而隔离则是消极的特别预防。^[15]这一目的的分化就可以分别对不同的犯罪人主张不同的刑罚目的。对重大犯罪人来说,刑罚的目的不是要预防其再次犯罪,更不是要培养其国民的规范意识,而是要将其作为社会垃圾扫除到垃圾堆,实行隔离无害化。

西方国家严厉刑事政策的一个重大社会效应就是“弃民”的产生,因为它把一部分犯罪人贴上了“邪恶的,非理性的,无矫治可能”的标签,处理他们的唯一方式就是将他们与社会隔离,从而

[12] 参见[日]森下忠:《刑事政策的两极化》,载《刑事政策的论点Ⅱ》,日本成文堂1992年版,第1页以下。

[13] 参见最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济司法政策的若干意见》,《检察日报》2007年2月2日。

[14] 参见蔡道通:《中国刑事政策的理性定位》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第11卷,中国政法大学出版社2002年版,第51页。

[15] 参见柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第372页以下。

使他们成为被社会遗弃的群体。基于人格重建观点,有效的刑罚应该是帮助犯罪人回归社会并且对社会做出贡献,如果对犯罪人标签化,就不利其回归社会,可能造成再犯。西方犯罪学中的“标签论”对此有精辟的论述。标签论认为犯罪者是遭受刑事司法机关的标签所致,而且社会反应越强烈,则越容易导致犯罪。一个人被贴上标签后,便会产生烙印效应,自我修正为犯罪者形象,因而脱离社会成为真正的犯罪者。^[16]所以,有学者认为严刑的最大成效在于将“社会上的垃圾清扫到角落”,从而制造了“弃民”群体。^[17]

刑罚观念的改变和“弃民”群体的出现促成了监狱功能的改变,从当初的追求再社会化的积极意义转变为消极的单纯监控,也即放弃矫治而代之以单纯隔离。美国20世纪60-70年代掀起了一场对标榜改善犯罪人以其回归社会为目的的矫治制度的强烈批评运动,起因是因为大量犯罪实证研究对矫治给出了令人沮丧的结论。其中,最具震撼性的是1974年的“马丁逊报告”(Martinson Report)。马丁逊以各种矫治措施为自变量,对其与再犯率的关系进行研究,在1945年至1967年间发表了231个有关矫治的报告,最终得出的结论是:所有的矫治措施对于人犯的更生及再犯率的降低,一无用处,或者说监狱对如何矫治人犯及降低犯罪率束手无策。即使某些个案成功,也无法彰显任何处遇方式的效能。^[18]正因为如此,有学者指出,如果要问“如何使得越轨的年轻人变得守法”、“如何将终日与犯罪为伍的人驯化成为守法的好公民”,那么,监狱当然不是这些问题的答案。但如果要问“如何能威慑人不去犯罪”,那么监狱是不可或缺的答案之一,更重要的,“如何才能避免那些已知的、已定罪的人继续从事偷盗奸杀之事”,那么监狱是唯一的完美答案。^[19]

在这一背景下,美国渐渐发展出一种新的处遇模式,即正义模式(Justice Model)。^[20]正义模式强调刑罚的本质是报应和威慑,刑罚的本质不在于为防止再犯而实现除去犯罪人犯罪性或改变其人格,而在于将刑罚视为对犯罪的制裁。监狱只负责判决的执行,并不负有改善犯罪人的责任。刑罚只是报应和威慑的手段,而不是使犯罪人回归社会的手段。此外,正义模式还针对医疗模式赋予刑事司法机关太过广泛的自由裁量权,造成对犯罪人不公平和不人道待遇,因而强调以“正当程序”确保犯罪人的正当权利,减少司法机关的自由裁量权,以便让犯罪人受到恰当的处罚。在此架构下,刑罚处罚既非给予教训,也非予以威慑,更不是犯罪的代价对偿,而是单纯剥夺犯罪人从事社会生活的资格。因此,监狱不是矫治、教化的机构,更不是赎罪和忏悔的场所,而是将犯罪人与社会隔离进行安全戒护的场所。此时,监狱的重心从矫治到隔离,从处遇个别化到安全戒护,从而监狱就有了新的定位。

在我国,监狱是一种刑罚执行机构,它一方面对犯罪者施予非常严厉的刑罚制裁——剥夺自由,另一方面又给予犯罪者回归社会处遇——教育感化,具有惩罚、隔离和矫治等多项功能。长期以来,我国监狱工作的根本宗旨就是改造罪犯成为新人,所以提高矫治质量是一切监狱工作的出发点和归宿。但是实行宽严相济刑事政策以后,监狱的功能是否会发生变化就是一个必须明确的问题。

毫无疑问,监狱作为国家的刑罚执行机关,现在和将来都仍然具有惩罚和改造的双重任务。但是,在惩罚的同时,是否能够达到人们期待的改造效果则令人怀疑。首先,惩罚和矫治是一对尖锐的矛盾。因为惩罚基本上是在一种封闭体制下的强制教育,是对犯罪人的一种人格伤害。长期将犯

[16] 参见许春金:《犯罪学》,台湾三民书局2000年版,第389页以下。

[17] David Garland, *The Limits of the Sovereign States: Strategies of Crime Control in Contemporary Society*, 36 *British Journal of Criminology*, 1996, pp. 449-471.

[18] 参见郑善印:《两极化的刑事政策》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司1998年版,第728页以下。

[19] Charles Murray, *The Ruthless Truth: Prison Works*, London Times 2, Vol. 12, 1997.

[20] 参见许福生:《变动时期的刑事政策》,台湾“中央”警察大学出版社2003年版,第107页。

罪人与社会隔离,极易使一些罪犯感受和认同监狱次文化,在监狱中形成的新的价值观和生活习性将会大大影响他们出狱后的行为和态度,可能致使他们对社会更加消极,与社会更加疏远,从而与设置监狱的目的背道而驰。在囚禁的状况下,“很难设想在一个‘不正常’和‘封闭’的监狱里,能够希望监狱培养一个囚犯具有良好市民所需的一切品性”。^[21]诚如英国哲学家葛德文所言:“刑罚这种强制手段不能说服人,不能安抚人,而相反地,使遭到强制的人离心离德,强制手段和理性毫无共同之处,所以不能有培养德性的正当效果”。^[22]其次,过长的刑期本身还会产生一些伦理问题,带来一系列的价值冲突,如将犯罪人长期与社会隔离实际上就是在让犯罪人为将来的行为承担责任,因为关押的理由是建立在犯罪人将来还要犯罪的预测之上。这是否会导致犯罪人产生逆反心理,投改后反社会心理强烈?自由和尊严的丧失,不但无助于犯罪人对自己的行为进行反省,反而激起和加剧其对社会的仇视,造成更多的犯罪。再次,严厉的刑事政策可能会改变监狱工作者的行刑理念,再加上对服刑犯先入为主的“不可救药”的印象,惩罚主义可能会潜意识地会成为监狱工作的主流思想,表现在具体实务中,往往就是重视管理的惩罚性,忽略管理的教育性,漠视服刑人员的权利,各种矛盾容易激化,引起服刑犯对监狱的敌意,形成改造功能弱化、改造效果下降的局面。最后,宽严相济刑事政策虽然可能会在一定时间内造成在押犯数量下降的情况,但从长远看,这种情况未必发生,因为大量重刑犯更长的服刑时间会挤占监狱有限的空间。所以,节省资源的想法也未必能够实现。

总之,刑罚的目标,对社会而言,是要达成对规范价值的根本认同;对个人而言,则是要使犯罪人人格能够再社会化,能够合规范化。严厉刑罚必能胁迫人心从而具有吓阻犯罪功效的想法太过单纯,实际上,刑罚的存在并不必然会使人们产生畏惧,即使有某种程度的畏惧,也不必然就会导致对犯罪行为的回避,所以其很大程度上产生的不是实际的犯罪预防效益,所得到的可能只是民众的“犯罪得以控制”的安全感的心理效果。惩罚的关键不在于刑罚的轻重,而在于处遇方式的合理有效与否。事实证明刑罚加重阻绝不了犯罪,更没有让再犯减少,只会增加社会建造及管理监狱的负担。

另外,刑事司法机构作为主要的犯罪控制机构,其活动本身对犯罪具有促进作用的现象也应引起注意。如果我们缺乏对刑罚烙印效果的反省,制定和施行和缓政策如果总是以减轻案件负担、节省资源作为首要考量的话,不但严刑化的目标无法实现,反而可能造成更多的犯罪。如有的学者所言,如果忽视司法机构活动的犯因性作用,就不能充分地理解犯罪行为。这揭示了刑事司法机关既要制止、消灭犯罪,但同时又促使新的犯罪产生之间的矛盾,从而破除了人们对刑事司法系统在与犯罪作斗争中的作用的迷信心理,使人们看到许多刑事司法政策和活动弊大于利,某些司法活动所起的不过是饮鸩止渴的作用。^[23]

五、社会控制机制的缺失

西方国家两级化刑事政策的实行导致刑法干预犯罪的范围受到严格限制,监禁性措施原则上只是最后手段,对非适用刑罚不可的犯罪,通常尽可能适用非机构化的个别处遇的教化措施,因而,西方国家处理犯罪的新潮流被称之为4D,即正当程序(Due Process)、转向处遇(Diversion)、非机构化处遇(Deinstitutionalization)和非刑化(Decriminalization)。这些做法有两个层面的意义,从社会效果来说,它意味着大量的案件被迅速有效地处理,节省了大量的社会资源;从法律上来

[21] 余叔通主编:《劳动改造法学》,法律出版社1987年版,第198页。

[22] [英]葛德文:《政治正义论》,何慕李译,商务印书馆1980年版,第534页。

[23] 参见吴宗宪:《西方犯罪学》,法律出版社1999年版,第543页。

说,它象征着罪与刑之间等价关系的改变。

西方国家一般采取前门转换和后门开放的策略来贯彻轻缓政策,即大量采用转向处遇、缓起诉、不起诉、保安处分以及社区矫正等措施以替代监禁刑罚,将大量的轻微犯罪案件转出正式的刑事司法体系或将犯罪人交由社会监管。其中,转向处遇和社区矫正是最常见的措施。转向处遇是指将犯罪人从刑事司法机制内转向机制外处理的一种变通措施,通常由检察官在法院接案之前裁定对案件中止诉讼程序,代之以非犯罪案件处理。其意在节省司法资源,避免监禁刑的弊端。社区矫正则是指发生在社区,充分利用社区资源促使罪犯再社会化并具有补充、协助和支持传统犯罪矫正功能的各种矫正措施,它兼具司法、教育、心理和社会等方面工作。从目前西方国家的具体实务看,社区矫正一般包括三个类型:(1)监督型,主要包括社区服务、罚金等;(2)寄宿型,主要包括寄养之家和生活训练营等;(3)释放型,主要包括中途之家、观护处分、监外就业和探视制度等。

在经过上述措施以后,大量的犯罪人流向了社会,致使社会的风险加大,民众的不安全感增强。在这种情况下,英美创建了许多风险管理措施,如家庭监禁、电子监控、邻里监控、社区监视系统、DNA和指纹建档、密集保护管束等以加强社会监控,因为他们深知,唯有通过严密的社会机制才能获得对犯罪的有效控制。这些措施一定程度表明,所谓轻缓只不过是免除了牢狱之灾,但在尊严和自由的丧失方面未必更少。

我国实行宽严相济刑事政策以后,就如何实现其中的“宽”,学者们也提出了许多设想,其中最具有代表性的是刑事和解和社区矫正。

刑事和解是一种以协商合作形式恢复原有秩序的案件解决方式,是指在刑事诉讼中,加害人以认罪、赔偿、道歉等形式与被害人达成协议后,国家专门机关对加害人不追究刑事责任的一项制度。^[24]刑事和解通常被认为是司法上的非犯罪化的一种措施,其成功的关键在于双方当事人的合作,希望通过双方真诚的交流达成和解。毫无疑问,刑事和解体现了宽容理念、自由契约精神和以人为本的观念,以全新的思维和视角重新思考和审视犯罪和刑事司法问题,为运用司法解决犯罪问题开辟了一条新的路径。但是,通过和解过程中的对话真的能唤醒犯罪人良知,让其产生悔罪心理,自愿地承担责任,并产生应有的道德变化吗?犯罪人是真的在态度上产生变化,还是仅仅由于各种潜在的压力而进行表面上的敷衍?这不禁使人产生疑问。

刑事和解鼓励犯罪人认罪、悔罪,促使个人的深刻反省是正面的、积极的。但是它存在的几个问题也应引起重视:第一,实践中,通常以犯罪人的合作程度、表现的态度和互动的状况来决定刑事和解的取舍。如果犯罪人是配合的和接受的,则采刑事和解方法,反之,则走传统司法途径。这倒不是问题所在,问题的关键在于其潜台词,即前者是理性的、可以挽救之人,后者则是非理性的、难以挽救的人。这样的评判标准是否合理和客观?试想在“胡萝卜加大棒”的情势之下,当人们为犯罪人预设了交换的筹码,预选了问题的答案的时候,犯罪人还能有什么选择?这样一种认识、评判和对待犯罪人的态度能够使其悔改不致再犯?第二,短短的交流与协商就能让犯罪人(尤其是青少年犯罪人)产生内在的道德变化?是否对人性考量过分理想化?是否对人的向善能力过分盲目乐观?对犯罪人的宽宏大量如果不能从根本上改变其基本态度,其所表现出的如果仅仅是表面的耻辱、感动和悔恨,这只会鼓励犯罪人再犯。盲目乐观地以为只要通过对话或一纸协议,就可以让犯罪人感动和悔罪,就可以防止其再犯可能是靠不住的,其结果只能是使刑罚的特殊预防与一般预防的目的都无法实现。许多事实证明,人性在没有严格的法律制度的制约下会变得率性不羁,唯有将教育与惩罚相结合,将管束与引导并行,追根溯源,对症下药,才可能标本兼治。第三,刑事和解强调的非正式和灵活性,使其过于个别化。量身定造虽照顾了案件的特点,但缺乏规范性和系统性。缺乏正当程序和相应的制度保障,易导致恣意,不仅无法保障当事人权益,而且会产生众多

[24] 参见陈光中、葛琳:《刑事和解初探》,《中国法学》2006年第5期。

负面影响。总之,刑事和解虽在理念上有所创新,但在具体实务上则有许多难以克服的问题。试想,如果大量的所谓“轻微犯罪人”通过刑事和解回到了社会,而社会又没有建立健全严密有效的控制和防范机制的情况下,社会能变得安全吗?其结果必然是置善良百姓于险境。

社区矫正是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区内,由专门国家机关在相关社会团体和民间组织以及社会志愿者的协助下,在判决或裁定规定的期限内,矫正其犯罪心理和行为恶习,并使其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动。^[25]目前适用的对象是被判处管制、被宣告缓刑、被暂予监外执行、被裁定假释、被剥夺政治权利的罪犯。在宽严相济刑事政策指引下其适用面应有进一步扩大的趋势。

社区矫正虽然可以弥补结构性处遇的不足,避免监禁刑的弊端,并在利用和节省社会资源方面有许多长处,但在实际运用上不免也有它的局限性或者会面临一些难题,主要有:第一,社区处遇毕竟也是一种刑事制裁方法,它的适用对象是否准确以及监控强度是否适当,都关系到其效能,关系到对犯罪人心理影响和社会大众的接受程度,关系到社会正义的实现。虽然刑罚哲学已从报应转向功利,但倡导社会正义是刑罚永恒的主题,也是国家行使刑罚权的根据。社区处遇的不当使用,或者过于轻缓,就会对罪犯起不到惩戒和威慑作用,就会对社会大众造成不安,就可能客观上会促使罪犯重蹈覆辙并且对被害人和社会造成更大的不公正。没有社会大众的广泛支持,社区矫正是不会成功的。第二,社区矫正涉及行刑权的重新配置,这就应当在各个司法机关间进行协调和监督。特别是社区矫正方案的施行需要注意防止司法人员滥用权力,在社区矫正对象的选择、方案的确定和处遇措施的撤销等问题上要实行标准化,以维护公平与公正,正像有学者所言:“倘使社区矫正方案为刑事司法人员所不当或过度使用,那么基本的司法正义即可能被危及而无从实现。”^[26]第三,社区处遇方案的出台,需要设立专门的机构,选择合适的地方,建设一定的设施,需要当地居民的支持,需要相关专业人员的参与,这些都需要一定费用。由于发生在社区,所需经费恐有时难以保证,特别是在它难以显现立竿见影矫治效果的时候,经费渠道就会更窄,从而影响其成效。第四,社区处遇需要大量专业性人员的参与,包括专职的社区矫正人员、社会志愿工作者等,必要时还需配备一定的警力,这些人员的组织、培训以及如何为他们提供良好的工作条件往往是一大难题。可见,社区矫正也有它的明显缺陷和困难。所以,在确定和实施社区矫正方案时,有必要进行仔细的前瞻性评估和规划。特别是既要顾及社会治安、安抚公众及被害人的需要,也要注意维护犯罪人的合法权利,应在惩罚与矫治之间寻找一个平衡点。在上述各种条件完备之前,如果全面或大面积实施社区矫正方案,不免令人对社会治安有某些担忧。

六、结 语

本文的目的不是对宽严相济刑事政策提出全面的质疑,更不是全面的批判,相反,作者充分肯定其现实意义和理论价值,认为它对缓解社会冲突、防止社会对立、构建和谐社会具有重大意义。但是,由于宽严相济将两种截然不同的犯罪处理方式搭配,从宽严两方面进行论证,并以其论述上的互补性来化解人们对重刑化或轻刑化政策的批判,比如,宽严相济通过和缓的转介措施或刑事和解这样一些美丽的外衣来巧妙化解人们对重刑化的质疑,同时,又通过严厉刑罚以提升人们对社会治安的信心来化解对轻刑化的疑虑,从而容易使人们忽视在“宽严相济”这样一个华丽的外表背后可能存在的一些问题。

宽严相济刑事政策比单纯的“重刑化”和“轻刑化”政策无疑有许多优势,但是作为抽象的政

[25] 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2003年9月《关于开展社区矫正试点工作的通知》。

[26] 林茂荣、杨士隆:《犯罪矫正原理和实务》,台湾五南图书出版公司1994年版,第231页。

策,其自身并不能发挥出应有的作用,它需要有具体的法律制度的配套和保障。所以,现阶段首要解决的问题应是宽严相济刑事政策与现有的刑法原则、制度和实务的协调或配套问题。刑事政策效用的发挥和实现有赖于完善的立法、司法、行刑和社会机制。宽严相济应是延伸到立法、司法、行刑和社会控制等各个领域的问题,而不仅仅是刑事司法领域的问题。没有前述各个方面的支持和配合,没有具体的法律和制度承载和体现,刑事政策只会是一个空洞式的宣言,一个常识性的口号而难以发挥预期的作用。

Abstract: As a basic criminal policy, the coordination of benevolence and stringency has great influences on ameliorating conflicts, preventing antagonism and constructing a harmonious society. But there are several latent problems in the comprehension and application of this policy, such as the confirmation of applicable objects, its influences on the effect of execution and other social regulation mechanisms. At this stage, we should harmonize this policy with existing principles, institutions and practices of criminal law. The realization of the utility of a criminal policy depends on perfect legislation, jurisdiction, execution and social regulation mechanisms.

Keywords: coordination of benevolence and stringency, criminal policy, the standards of delict and felony
