

# 宽严相济刑事政策 应回归为司法政策

孙万怀<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**宽严相济刑事政策在最初提出时具有明显的司法性特征，但随着实践中从司法理解向立法思路的拓展，该政策完成了向“基本刑事政策”的转变。然而，这种扩张解释没有经过系统论证，也不具有全面充分的理由。宽严相济可以在古代的“宽猛相济”中追溯渊源，其中的“宽”就是以对猛政纠偏的面目出现的。当代宽严相济刑事政策的提出，既是对中国法制传统的弘扬，更是对以前过度强调“严打”的纠正。立法的特点及基本品质表明，宽严相济刑事政策不可能直接表现为立法政策；认为该政策涵括了立法政策，会导致以下逻辑困境：无法正确处理和惩办与宽大相结合政策之间的关系；可能导致重复评价或政策的虚无化；立法有自身的品质要求，其缘由是复杂的，并非宽严相济所能涵盖；如果旧的法律规范已经被新法修改，势必不存在所谓“相济”问题。宽严相济刑事政策应回归为司法政策。

**关键词：**宽严相济 刑事司法政策 刑事立法政策 惩办与宽大相结合

---

2006年中共十六届六中全会通过的《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》（以下简称《决定》）正式提出实行宽严相济的刑事司法政策，自此以后，该政策成为刑事法治的重要政治指南，成为构建和谐社会理念的重要体现，成为刑事政策研究和实践的集中性话题。刑事司法文件中称“宽严相济”更是成为常见词，比如，《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》就对人民法院在刑事审判工作中如何贯彻落实该政策，提出了具体、明确的要求。于是，实践中出现了这样的现象：似乎只要说某一刑法制度、某一刑法规范乃至某一刑事判决为宽严相济刑事政策所统领，就有了正当性和现实性。

---

\* 华东政法大学教授。

本文系国家社科基金项目“犯罪治理控制与刑事司法犯罪化的反思”（项目号：11BFX102）及上海市高校一流学科（法学）建设计划的阶段性研究成果。

这种“贴标签”现象使宽严相济刑事政策的“口号化”趋势日益严重。尤其在刑法学界,虽然相关理论研究方兴未艾,但由于刑事政策研究停滞不前,对宽严相济刑事政策的解读往往流于表面。如何理解宽严相济刑事政策的应有之义?应当在何种范围内以及何种程度上适用和理解该政策?这些问题似乎从未被认真关注和系统考察。由此,对宽严相济刑事政策的“误解”变成了“正解”。这一政策的确定性不断丧失,使得刑事法治的正当性受损,并再次堕入“泛政策化”陷阱。<sup>[1]</sup>

## 一、宽严相济刑事政策的初衷及其背离

对宽严相济刑事政策的误解同时存在于理论与实践。理论研究的不足使其无法为实践提供有效的思想储备,而实践的“自我放任”又使得理论好似“海市蜃楼”。最终,新的政策依照旧的惯性渐行渐远,直至逐渐背离政策初衷。

### (一) 关于宽严相济刑事政策基本内涵和范围的理论争议

宽严相济刑事政策出台之后,在理论上,关于政策的基本内涵和范围曾有不同看法。一些学者一开始就注意到《决定》提及的宽严相济刑事政策是“司法”政策,并认为文本原意是严肃的和权威的,不应被随意解读,应当基于文理来理解。譬如,高铭喧教授提出:中央文件的正式提法,尤其是《决定》只说它是刑事司法政策,而没有说是基本刑事政策。<sup>[2]</sup>周道鸾教授也提出:宽严相济刑事政策不是最近两年才提出的,现在用宽严相济刑事政策代替惩办与宽大相结合的刑事政策,有欠准确。<sup>[3]</sup>以上观点从原旨主义或体系性解释的基本原理来解读该政策的范围,显然有可取之处。笔者也曾明确指出:宽严相济刑事政策是一项刑事司法政策,但在当前的理论探讨中,往往忽视这一点,认为这项政策包括法网的严密性等内容;这实际上提高了政策的位阶,没有摆正政策与法律的关系;宽严相济刑事司法政策应当在法律给定的框架内,在依法办案的基础上,体现国家对社会形势的判断,在轻重严宽中做出选择。<sup>[4]</sup>然而,相反的观点似乎更加有力。其中,一种观点反对“司法政策说”,而坚持“基本政策说”。譬如,马克昌教授认为:宽严相济刑事政策应是一项基本刑事政策,因为刑事司法政策和刑事立法政策是相辅相成的,无法割裂开来;同时,也不能因为中央文件上说是刑事司法政策,就只能认为它是刑事司法政策。<sup>[5]</sup>刘仁文研究

[1] “泛政策化”的特点就是在强调政策的重要性时,将政策与法律、策略混同,其在实践层面表现为政策的策略化和政策的法律化,这种现象就构成“泛政策化”陷阱。参见郑敬高、田野:《论“泛政策化”陷阱》,《青海社会科学》2013年第2期。

[2] 参见高铭喧教授在“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, <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&ProgramID=1230&pkID=11582>, 2008年8月5日访问。

[3] 参见周道鸾教授在“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, <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&ProgramID=1230&pkID=11582>, 2008年8月5日访问。

[4] 参见苏惠渔、孙万怀:《新中国成立60年刑事政策精神演进的特征》,载赵秉志等主编:《新中国刑法60年巡礼》上卷,中国人民公安大学出版社2009年版,第52页。

[5] 参见马克昌教授在“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, <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&ProgramID=1230&pkID=11582>, 2008年8月5日访问。

员也认为：从根除“严打”遗毒，为刑事和解、社区矫正等改革措施提供法律依据、强化其合法性的需要来看，也宜将宽严相济作为新形势下的一项基本刑事政策。<sup>〔6〕</sup>更多的观点则依照习惯性的理解，理所当然地将宽严相济刑事政策视为我国现阶段惩治和预防犯罪的基本刑事政策；认为它的提出是对刑法工具论的扬弃，其目的不仅在于通过贯彻这一政策来维持社会治安，还要保持社会的稳定与良性运行，以利于和谐社会的构建；<sup>〔7〕</sup>其在刑法中表现为“非犯罪化、非司法化、非监禁化和轻刑化”以及“刑事处理上侧重严密、严厉和严肃”。<sup>〔8〕</sup>

上述争论显然非常有意义，它有助于廓清宽严相济刑事政策的作用领域、法律与政策的关系，也是确立立法正当性理念的一次契机。总体来看，这些争论实际上涉及几个基本理论问题：其一，宽严相济是否仅限于司法政策？对政策制定者发布的纲领性文件是否可做扩张性理解，理由何在？其二，何为基本刑事政策？如何理解刑事政策的范围？对前者的回答依赖于对后者的界定，而后者在理论上未有定论。其三，惩办与宽大相结合的刑事政策与宽严相济刑事政策是什么关系？前者是否已经被后者替代？

## （二）实践中宽严相济刑事司法政策向“基本刑事政策”的转变

《决定》中指出：“依法严厉打击严重刑事犯罪活动，着力整治突出治安问题和治安混乱地区，扫除黄赌毒等社会丑恶现象，坚决遏制刑事犯罪高发势头。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。”解读该《决定》可以发现，这一纲领性文件确立的宽严相济刑事政策，建立在以下基准之上：（1）宽严相济刑事政策是司法政策，这是《决定》所明示的；在缺乏充足的理由时，明确的原旨不应被随意扩张；（2）“严厉打击严重刑事犯罪”并没有被包含在宽严相济刑事政策的范围内；“严厉打击严重刑事犯罪”仍然是应有之义，只不过犯罪治理不再是单极性的；（3）宽严相济刑事政策的提出是对“严打”政策的纠正，是从以前的单极化政策向平衡化政策过渡；《决定》将宽严相济与改革未成年人司法制度、积极推行社区矫正放在同一语境脉络中，说明宽严相济的核心在于“以宽济严”；也就是说，平衡中有一定的价值选择，这符合相关政策的历史发展特征；（4）对严重刑事犯罪的打击必须“依法”而行，不能超越法律，这表明无论是“严打”还是宽严相济都应当是司法政策，而非立法政策；（5）从《决定》中推导不出惩办与宽大相结合的刑事政策已经被替代这一结论。

《决定》出台前的早期实践遵循、契合了上述思路，但在《决定》出台后的政策发展过程中，却表现出逐渐背离《决定》精神和规范性要求的倾向。

宽严相济刑事政策较早是在2005年全国政法工作会议上提出的。时任中共中央政治局常委、中央政法委书记罗干在会议上指出：“充分发挥政法机关在构建社会主义和谐社会中的职能作用，更加注重运用多种手段化解矛盾纠纷，更加注重贯彻宽严相济的刑事政策，更加注重发挥专群结合的政治优势，更加注重执法规范化建设，更加注重全民法制教育，

〔6〕 参见刘仁文：《宽严相济的刑事政策研究》，<http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=2192>，2013年3月3日访问。

〔7〕 参见彭凤莲：《新中国成立60年基本刑事政策的演进》，载前引〔4〕，赵秉志等主编书，第60页。

〔8〕 参见罗开卷：《论新中国成立60年刑事政策精神的演进》，载前引〔4〕，赵秉志等主编书，第67页。

促进社会和谐稳定。”〔9〕虽然在最初提出时，宽严相济刑事政策并没有被明确限定在司法领域，但解读讲话精神可以发现，它是在政法工作会议上提出的，而政法机关的工作就是适用法律而不是立法，所以，宽严相济刑事政策的司法特性不言而喻。

随后，在2006年十届全国人大四次会议的相关工作报告中，也多次强调了宽严相济刑事政策的司法特性。譬如，最高人民法院工作报告在介绍2005年刑事审判和执行工作情况时指出：“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”；并且强调在2006年的工作中，会“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”。最高人民检察院工作报告同样指出：全国检察机关在过去的一年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；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，则慎重逮捕和起诉，可捕可不捕的不捕，可诉可不诉的不诉。可见，宽严相济刑事政策的另外一个特点是对“严打”刑事司法政策的中和，这也间接证明了该政策的司法特性。

在2006年11月第五次全国刑事审判工作会议上，罗干指出：“要正确分析我国目前各种犯罪产生的原因、规律和特点，更加注重贯彻执行‘惩办与宽大相结合’的基本刑事政策，充分发挥政策的感召力，分化瓦解犯罪分子，促进罪犯改过自新，有效预防和减少犯罪。坚持区别对待，根据罪刑法定、罪刑相适应和适用法律人人平等的原则，依法准确惩罚犯罪，该严则严，当宽则宽，宽严相济，罚当其罪。”〔10〕不难看出，此时宽严相济刑事政策仍然被视为惩办与宽大相结合基本政策的下位政策，这与其司法政策的特性正相契合。同时，上述讲话还强调宽严相济刑事政策在实施过程中，必须遵循刑法的基本原则。这也说明该政策主要在司法过程中使用，是在坚持法律效果基础上考量社会效果。

然而，由于长期以来理论上对政策和法律关系的解读未能与时俱进，仍然习惯性地认为刑事政策包括立法政策、司法政策、行刑政策等，所以，当实践中提出新的政策时，依然沿用固有思维进行判断。尤其当某一政策被写入党的纲领性文件之后，将其从具体政策上升为总体性政策，又似乎理所当然（党的纲领性文件作出的每一个决定都应当是全局性的、基本性的）。后来的实践也证明，宽严相济刑事政策确实在渐渐被理解为整个国家刑事法治的指南。譬如，2010年《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》指出：“宽严相济刑事政策是我国的基本刑事政策，贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程，是惩办与宽大相结合政策在新时期的继承、发展和完善，是司法机关惩罚犯罪，预防犯罪，保护人民，保障人权，正确实施国家法律的指南。”此时，在最高司法机关看来，宽严相济已经成为基本刑事政策，刑事立法是其重要的体现领域。

宽严相济刑事政策最终完成向立法政策的转变是在《刑法修正案（八）》的制定过程中。2010年9月全国人大常委会公布了《刑法修正案（草案）条文及草案说明》，对修法的根据予以明示：“根据宽严相济的刑事政策，在从严惩处严重犯罪的同时，应当进一步完善刑法中从宽处理的法律规定，以更好地体现中国特色社会主义刑法的文明和人道主义，

〔9〕 孙春英、张学锋：《全面落实科学发展观 进一步加强政法工作》，《法制日报》2005年12月7日。

〔10〕 转引自高铭喧：《宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用》，《法学杂志》2007年第1期。

促进社会和谐。”〔11〕并据此对刑法做了一系列调整。上述说明透露出的结论是，宽严相济刑事政策不仅是刑事司法政策，而且是刑事立法中具有重要指导意义的政策。

### （三）政策成为法的正式渊源所产生的弊端

从宽严相济刑事政策提出迄今为止，对政策与法律关系的讨论，因为缺少法理层面的研究，使我们仍然常以国家理论代替法律理论、以政策解释代替法律分析、以一般哲学原理代替法学自身的研究，热衷于对法律做政策解读。〔12〕然而，在法理学界，近几十年来一直对政策入法抱有极大警惕并持续进行批判：政策的存在“不仅代替了法律，遏止了法律的成长，支配着法律，使法律成为政策的仆从，而且给法律本身带来了消极影响，使法律政策化”；“政策的种种效应是法律难以实施的重要原因之一。不适当削弱政策的权威，法律的权威就难以建立，不减少政策的适用范围和影响，法律的作用就难充分发挥”。〔13〕

宽严相济刑事政策被视为立法政策是重新将政策作为法的正式渊源。这导致刑法的工具性特征再次被重视，并最终落入“泛政策化”陷阱：政策立法化或立法政策化被认为具有合理性；刑法的谦抑性原则被忽视，立法者希冀通过刑法来解决一些刑法无法解决的问题或者运用其他法律就可以解决的问题；在司法中，罪刑法定原则进一步被忽视，突破刑法理念、原理和规范的做法不乏其例，如“量刑反制”现象、罪名的“司法口袋化”等。除此之外，政策立法化背景下刑事政策主导的刑事立法还有如下一些表现：

#### 1. 立法过程的权力主导特性日益明显

立法过程往往是能动和保守相互制衡的过程，然而，在权力主导的立法过程中，由于权力受自身政策功能定位——维护秩序——的指引，往往有能动立法的倾向。回顾从1979年到《刑法修正案（七）》的刑法改革之路，我们会发现，在犯罪圈的划定与刑罚量的调整方面，我国的刑事立法一直在延续着传统的权力刑法思维，即着眼于权力统治与强化社会管理，以“秩序”为价值中心，试图将犯罪预防与治理的所有细节纳入权力的控制范围之内。〔14〕这种权力主导的能动立法也导致了“全国人大常委会到底有没有权力修改刑法总则”这一争议的出现。有学者建议：为保证刑法修正的合法性与正当性，建议今后在刑法修正案中，只要涉及刑法总则的一些规定，最好能够提交全国人大审议和表决；全国人大是我国的最高立法机关，由其修正刑法条款更具有代表性和正当性。〔15〕也就是说，只有充分注重立法的内在规律和正当性依据，才能更加充分地在法律中体现普遍性，淡化权力的主导性。

#### 2. 立法的程序性和稳定性要求不受重视

在注重政策立法化或立法政策化的氛围中，势必会较少顾忌立法的程序性和稳定性要求，法律的频繁修改成为常态。近年来，刑法的修订给人的感觉是：哪个领域的社会矛盾激化，就在哪个领域祭起刑法的大旗。自1997年刑法修订以来，除了一部单行刑法之外，全国人大常委会先后通过了8个刑法修正案（《刑法修正案（九）》也正在紧锣密鼓的制定

〔11〕《刑法修正案（草案）条文及草案说明》，[http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyj/2010-08/28/content\\_1592773.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyj/2010-08/28/content_1592773.htm)，2012年12月5日访问。

〔12〕参见张文显：《世纪之交的中国法学——法学研究与教育咨询报告》，高等教育出版社2005年版，第235页。

〔13〕蔡定剑：《历史与变革》，中国政法大学出版社1999年版，第265页，第269页。

〔14〕参见周振杰：《〈刑法修正案（八）〉与刑法思维的转换》，《山东警察学院学报》2011年第3期。

〔15〕参见吴情树：《刑法修正的权限之辨》，《法制日报》2012年2月29日。

过程中),修改的条文已经多达79条,占全部条文的17.5%,占分则条文的22.5%。2011年《刑法修正案(八)》更是修改了46个条款,甚至开始大量修改总则条文。

具体来说,在立法过程中,为了配合某个领域的治理政策,不顾刑法体系的协调性,直接将刑法置于首当其冲的位置。例如,2005年《刑法修正案(五)》增加了窃取、收买、非法提供信用卡信息罪。然而,当时在中国人民银行《信用卡业务管理办法》(1996年)中,连窃取、收买、非法提供信用卡信息的民事责任都还没有规定,其他的非刑事法律中也没有规定相应的民事或行政法律责任。<sup>[16]</sup>再譬如,由于“拒不支付劳动报酬的现象在我国呈现愈演愈烈之势,该行为不仅对劳动者及其家庭的生存造成了巨大威胁,而且引发群体性事件或个人极端事件,成为影响社会稳定的重要隐患,具有严重的社会危害性”,<sup>[17]</sup>《刑法修正案(八)》规定了拒不支付劳动报酬罪。然而,这事实上是将民事、行政法律方面的问题上升为刑事法律方面的问题,突破了我国刑法二元化的立法模式。正因为如此,该罪名在司法实践中的效果非常差,判决付诸阙如。为了改变这一局面,厘清界限,2013年专门发布了《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》。其实,产生这一问题的根本原因在于,在可资利用的非刑罚手段还没有穷尽,民法、劳动法等很多领域尚未完善的情况下,试图通过入罪化来解决问题。且不说这样的立法是否符合二元化的立法模式和刑事可罚性的基本要求,如果欠薪可以入刑,那么,可能导致同样严重后果的欠债行为似乎也不乏入刑的理由。事实上,除了上述罪名之外,诸如刑法修正案新增的骗取贷款罪、危险驾驶罪,在入刑前后遭遇的争论莫不与此有关。

此外,在个罪法定刑的修订中,基于政策因素形成的立法也不乏其例。譬如,“经同中央纪委、最高人民法院、最高人民检察院等部门研究认为,鉴于这类犯罪社会影响恶劣,为适应反腐败斗争的需要”,<sup>[18]</sup>《刑法修正案(七)》将巨额财产来源不明罪的最高法定刑由5年有期徒刑提高到10年。笔者认为,这一立法只是单纯地满足了“义务警员”仇视犯罪的情感需要,即使该罪的最高法定刑提高到15年有期徒刑乃至无期徒刑,相信也不会遇到多少阻力,因为与贪污罪、受贿罪的法定刑相比,还存在巨大的落差。理论上也确实有人曾提出类似的建议。<sup>[19]</sup>但是,冷静地分析就会发现,从立法原理来看,严苛的法定刑与单纯拒不说明来源的行为显然并不匹配;从实践效果看,巨额财产来源不明罪基本上与贪污罪或受贿罪并用,鉴于我国当前贪污贿赂犯罪的量刑设置,该罪原有的较轻法定刑基本不可能留下轻纵罪犯的空间。所以,该罪法定刑的加重至多只是体现了政策影响下立法的激进性,而不会真正产生多少效果。

## 二、在追根溯源中合理定位宽严相济刑事政策

### (一) 宽猛相济:宽严相济刑事政策的历史渊源

[16] 参见胡启忠:《金融刑法立罪逻辑论——以金融刑法修正为例》,《中国法学》2009年第6期。

[17] 杜邈、高浩文:《拒不支付劳动报酬罪的司法认定》, <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/Info/showpage.asp?pkID=34200>, 2014年5月18日访问。

[18] 《刑法修正案(七)草案全文及说明》, [http://www.npc.gov.cn/huiyi/lftz/xfq/2008-08/29/content\\_1447399.htm](http://www.npc.gov.cn/huiyi/lftz/xfq/2008-08/29/content_1447399.htm), 2014年5月18日访问。

[19] 参见吴宏文:《巨额财产来源不明罪存在的问题及修正》,《人民法院报》2002年4月1日。

法治应该是时代精神和民族精神相结合的产物，尤其刑事法治，更是与民族精神密不可分。中国古代的法制以“中正”为核心，讲求和谐、中庸、执两用中，是古代长期奉行“宽猛相济”政策的基本依据。当今的宽严相济刑事政策可以在这里找到其文理渊源和历史渊源。正如学者所言：“宽严相济在我国法律文化上有深厚的历史渊源。早在先秦时代就有‘刑罚世轻世重’、‘宽猛相济’的政策，经魏晋、隋唐以至明清一直沿袭不断。”<sup>[20]</sup>因此，虽然宽严相济刑事政策的提出在新的时代背景下有其特定的含义，但考察其文理与历史渊源仍不无裨益。当然，这里需要说明的是，由于古代对法律的本质的看法与当代截然相反，刑法并没有被系统地解读为限权法，所以，宽猛相济是一种各类观念杂陈的现象。但是，这并不意味着当代的研究者不能对之进行一些有针对性的研究，从中汲取养分。

### 1. “当宽则宽，当严则严”是法律应有之义

宽猛相济的历史渊源可以溯及西周。西周治策不同以往的最大特征是提出了“天命有德”、“以德配天”、“明德慎罚”的观念；主张敬德保民、恭行天命，对权力施以道德的强化和约束，对民众也注重以道德教化的方式使之臣服；适用刑罚时将刑法的威吓作用与道德的教化作用结合起来，而不一味强调重罚的作用；由此，形成了礼刑结合的治策特色，确立了一系列至今仍无法完成精神超越的刑事准则。比如三刺、三宥、三赦之法。《周礼·秋官·司刺》云：“一宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘。一赦曰幼弱，再赦曰老耄，三赦曰愚。”“三刺”制度则体现了程序的审慎，正所谓：“周王立三刺以不滥，弘三宥以开物。”<sup>[21]</sup>

刑罚的适用以“中道”为理念，所以刑法排斥过分宽纵和过于严厉。西周《牧簋》铭文中就有“不中不刑”的记载，《尚书》中类似记载更多。如《尚书·吕刑》云：“明启刑书，胥占，咸庶中正”；“观于五刑之中”；“士制百姓于刑之中”；“明于刑之中”。可以说，“刑中”是《吕刑》全篇的基本宗旨，只有信守“中道”才会实现司法公正。具体来说，“中道”就是适用刑罚时在宽严之间选择一个适当的标准。这一思想可谓泽被后世，成为儒家刑法理念的重要内容。“帝王之道，莫大于中。中也者，在心则不偏不倚，在事则无过不及。帝王传授心法，以此为传道之要，以此为出治之则”；“天下之理，惟有一中，中者无过之及，宽严并济之道也。”<sup>[22]</sup>刑罚之重是天然的，把握“中”——宽的尺度——才最为重要：过宽会导致“遂相率而趋于纵驰”；<sup>[23]</sup>宽久必懈，宽久无威。

### 2. 宽猛之间的“相济”具体表现为刑罚如何适用

《左传》中的一段论述是宽猛相济最直接和经典的表达。“仲尼曰：‘善哉！政宽则民

[20] 马克昌：《宽严相济刑事政策的演进》，《法学家》2008年第5期。另参见赵秉志、种松志、韩豫宛：《宽严相济刑事政策与和谐社会构建》，中国法制出版社2009年版；蒋熙辉：《宽严相济刑事政策与刑事法治改革》，《中央党校学报》2008年第3期；陈国庆：《和谐社会需要贯彻宽严相济的刑事政策》，《法制日报》2007年2月6日；卢建平、郭理蓉：《宽严相济的历史溯源与现代启示——以刑罚改革为中心》，载卢建平主编：《刑事政策评论》总第1卷，中国方正出版社2006年版；张亚平：《宽严相济：刑事政策方略研究》，中国检察出版社2008年版；狄世深：《宽严相济刑事政策的理性分析》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2009年第4期。

[21] 《隋书·刑法志》

[22] 《清高宗实录》卷十四。

[23] 同上。

慢，慢则纠之以猛；猛则民残，残则施之以宽。宽以济猛，猛以济宽，政是以和。’”〔24〕从这段论述不难看出，所谓“相济”是以既存的蓝本为基础进行调和。后世无论法家、儒家，还是儒法结合，在社会治理以及刑罚的适用过程中，总是结合律令、世事，“虑世事之变，讨政法之本，求使民之道”，〔25〕在宽与严之间权衡：“治天下之道，贵得适中，故宽则纠之以猛，猛则济之以宽……朕兹当御极之初，惟思宽严相济”；〔26〕“宽大非宽纵之谓，严厉非严刻之谓，要惟不张不弛、无怠无荒，大中至正，庶可几邳隆之上理”；〔27〕“办理事务，宽严适当，若严而至于苛刻，宽而至于废弛，皆非宽严相济之道。”〔28〕

总而言之，以“中正”为特征的宽猛相济是以既存政策和规则因刚硬而难以适应社会现实为前提的。一方面，在刑罚的严苛面前，对犯罪予以宽容、体恤，既维护了法律的稳定性，也满足了社会现实的需要。另一方面，所谓的“猛”主要表现为刑罚的刚性，而非对法律规定的突破。所以，在社会治理和刑罚适用过程中，如何解读规则和变通规则就成为十分关键的问题。因为单纯依靠刚硬的法令并不能满足社会现实的需要，只有提出合理的治策对之予以接济才是正途。但是，这样的“接济”也存在一定的风险：若用之不当，则“古经废而不修，旧学暗而不明，儒者寂于空室，文吏哗于朝堂。”〔29〕

### 3. 宽猛相济的适用依据、标准和尺度具有灵活性

宽猛相济作为一项应世而变的接济性政策，涉及对以前政策和规则的审定、反思以及对新政策的评估、把握，因而具有高超的艺术性：因时而异，甚至因人而异；过宽或者过严都会走向初衷的反面。以赦为例。有人认为，“数赦则奸生，恐流弊转甚。”有人则认为，“废赦何以使人自新？”对此，唐代白居易的判词也曾有过论证：“刑乃天威，赦惟王泽。于以御下，存乎建中。上封以宥过利淫，幸门宜闭。大理以荡邪除旧，权道当行。皆推济国之诚，未达随时之义。何则？政包宽猛，法有弛张。习以生常，则起为奸之弊，废而不用，何成作解之恩？请思砭石之言，兼咏蓼萧之什。数则不可，无之亦难。”〔30〕由此不难看出，对废弛和苛刻两个极端的担忧一直是挥之不去的心病。然而，尽管如此，就整体而言，浸淫于儒家思想的治策理念其实暗含着这样的原理：高高在上的权柄和律令天然地与严厉和苛刻为伍，所以为政者的宽容、宽和应当成为必要的缓冲和接济。

### 4. 宽缓是以对猛政纠偏的面目出现的

在儒家思想中，宽和是为政的美德之一。“子张问仁于孔子。孔子曰：‘能行五者于天下，为仁矣。’‘请问之。’曰：‘恭、宽、信、敏、惠。恭则不侮，宽则得众，信则人任焉，敏则有功，惠则足以使人。’”〔31〕《新序·刺奢》曰：“臧孙行猛政，子贡非之曰：‘夫政，犹张琴瑟也，大弦急则小弦绝矣。是以位尊者德不可以薄，官大者治不可以小，地广者制不可以狭，民众者政不可以苛。独不闻子产相郑乎？其抡材推贤，抑恶而扬善，故有

〔24〕《左传·昭公二十年》

〔25〕《商君书·更法第一》

〔26〕《清高宗实录》卷四。

〔27〕《清高宗实录》卷三。

〔28〕《清高宗实录》卷八。

〔29〕《论衡·程材》

〔30〕《白氏长庆集》卷四十九。

〔31〕《论语·阳货》

大略者不问其所短，有德厚者不非其小疵。其牧民之道，养之以仁，教之以礼，因其所欲而与之，从其所好而劝之，赏之疑者从重，罚之疑者从轻。’”宽和、宽容是使民众顺服的重要手段，其作为为政美德、作为对刑罚弊端的纠偏，在历代判决中也多有体现。如宋代石壁在“欠负人实无从出，合免监禁”案中裁决认为：“今观其形容憔悴如此，不惟不当留禁，杖责亦岂可复施？合免监禁，仍各于济贫米内支米一斗发遣。”<sup>〔32〕</sup>字里行间充满对罪犯的哀矜和宽容。

#### 5. 宽缓根植于普适性家长伦理

“四方有败，必先知之，此之谓民之父母矣。”<sup>〔33〕</sup>在中国古代，权力者常被定位于类似家长的角色。这在很多时候被国人引申为一种特权，但又未尝不可以引申为一种天然的责任和义务。因为在伦理规范中，父母给予孩子的更多是爱和保护，而不是索取、虐待和特权。“臣闻刑以助教，德以闲邪，先王慎於好生，大易诫於缓死。今陛下母临黔首，子育苍生，孚佑下人，克配上帝。然有东南小侵，荆蛮远郊，虽圣德泣辜，尚用防风之戮；天心罪己，仍劳淮甸之征。其有诖误闾阎，胁从井邑，陛下愍孤孀於海淮，恤困穷於江汉，舍从宽宥，此陛下之恩也。”<sup>〔34〕</sup>

#### （二）对“严打”政策的纠偏：宽严相济刑事政策的现实渊源

宽严相济刑事政策的提出既是弘扬中国古代的法制传统，更是对“严打”政策的纠偏。1979年刑法颁布实施之后，最为引人关注的刑事政策莫过于“严打”。一般认为，大规模的严打整治斗争经历了三次：其一，1983年中共中央作出了《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》，将流氓团伙分子、流窜作案分子、杀人犯、拐卖妇女、儿童等7类严重刑事犯罪作为打击对象。这些都是当时意识形态和社会体制下最为严重的刑事犯罪类型。运动的特点为“三年为期，三次战役”。其二，1996年中共中央决定在全国统一开展为期3个月的“严打斗争”，为实施“九五”计划和2010年远景目标纲要创造良好的社会治安环境。其三，2001年，根据中共中央、国务院的部署，在全国范围内开展了声势浩大的严打整治斗争。这次“严打”确立了以下重点打击对象：（1）黑社会性质组织犯罪以及其他危害社会治安的恶势力犯罪；（2）爆炸、杀人、抢劫、绑架等严重暴力犯罪；（3）盗窃等严重影响群众安全感的多发性犯罪。同时还规定各地区可以在此基础上结合当地实际，明确打击重点。

尽管大规模的严打整治斗争只有三次，但“严打”政策无疑是这段时期内的主导性刑事政策。在这一时期内，“宽缓”的要求虽然偶有提及，但完全作为点缀出现。尽管现实中“宽缓”不可或缺，但某些所谓的宽缓政策，很多时候是为配合严厉而出现的，不过是严厉的另外一种表现形式。如“严打”时期对自首的从宽理解，实际上是为配合完成“严打”的任务而提出的。由此，“严打”成为以严厉为主要内容的单极化刑事政策。

但是，这种极端化的刑事政策随着时间的推移，逐渐为人所诟病并被不断反思：（1）“严打”是特殊时期的特殊政策，还是常态政策？（2）“严打”是基本刑事政策，还是具体刑事政策？（3）“严打”和惩办与宽大相结合的政策是何种关系？（4）“严打”是否实现了预

〔32〕《宋本名公书判清明集·判一》

〔33〕《礼记·孔子闲居》

〔34〕《全唐文》卷二百二十四。

期效果?正是这些问题在现实中不断被总结和反思,才为后来正确定位宽严相济刑事政策提供了前提和理论、实践准备。

第一,“严打”经历的是一个自发地从基本政策向具体政策位移的过程。这一实践中的自我纠偏证明了该政策的司法性特征,为合理解读宽严相济提供了参照。早期“严打”政策在立法、司法等多个领域均有体现,而后期“严打”政策倾向于在刑事司法实践中依法进行。1983年中共中央发布《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》,严打整治成为刑事政策的重心。“严打”的发起既有现实环境的因素,也有考量到法律本身不适应的因素,因此,该政策一开始就被最直接地定位于立法领域罪名的扩展和刑罚的刚猛。譬如,为配合政策需要出台《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》等单行刑法;在《关于严厉打击刑事犯罪活动的决定》中,劳改逃跑犯、重新犯罪的劳改释放分子和解除劳教的人员以及其他通缉在案的罪犯被作为司法与执法的重点打击对象;《全国人民代表大会常务委员会关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》则以单行刑法的方式将“严打”的相应内容法律化。但是,在2001年开始的“严打”中,这种“改法”严打的方式已经被纠正,“依法”严打的原则被确立。“严打”从一个包含立法、司法、执法等方面的基本的宏观政策,开始转向司法、执法领域。

第二,随着“严打”向具体政策回归,其与惩办与宽大相结合的基本刑事政策的关系开始协调化。实际上,即使在“严打”初期,宽大的政策也被多次强调,只不过此时其只是“严打”的附庸,缺乏独立性。例如,1985年最高人民法院工作报告提出:“对具有自首或检举揭发、确有立功表现等从宽情节的,依法从宽处理,务必政策兑现。对判决生效后,罪犯在检举其他犯罪分子的罪行时,同时交待出本人余罪的,可以不予加刑;主动交待出重罪、罪该判处死刑的,可以不判处死刑;检举重要案犯立功的,依法予以减刑。对多年流窜作案的要犯,只要自动归案或由其家属、亲友动员归案,均可依法从宽处理”。而到了“严打”后期,由于“严打”和惩办与宽大相结合的关系被理顺,才真正开始关注宽大的要求。如在2001年开始的“严打”期间,上海地区在执行这一政策的同时,即十分注意贯彻宽大的方针。上海市高级人民法院等部门先后通过了《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的意见》、《关于“严打”整治期间对在押、收容人员兑现宽严政策的通告》;在执行和贯彻政策主旨的同时,司法机关已经开始注意到“严打”作为具体政策和宽大作为整体政策的联系与区别。即,“严打”作为和惩办与宽大相结合并不抵牾的具体政策,和后者处于不同的位阶。只不过当刑法领域一味强调从严时,惩办与宽大相结合就容易在具体刑罚领域被忽视。所以,即使“严打”有即时的合理性,也注定了其只能是短时期内的政策。从长期来看,宽严相济才是司法、执法领域的中正之道,才和惩办与宽大相结合的基本政策相协调、相衔接、相匹配。

第三,单极化刑事司法政策的弊病也决定了其必然为宽严相济刑事司法政策所取代。在贯彻“严打”政策的年代,严厉打击犯罪毫无疑问是主线。例如,“严打”政策制定实施以后,重刑判决的数量表现出以下几个特征:(1)重刑判决——5年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑——在全部判决生效案件中的百分比,始终稳定在一个较高的并且较为接近的水平;在加大“严打”力度的个别年份,重刑比例还有所提高。(2)在集中力量“严打”并且重刑比例提高后,犯罪指数会有所下降,但在重刑持续一段时间之后,整个犯罪指数又

会上升。譬如,1985—1987年全国法院判决的罪犯人数平均每年32万人左右,但1988年以后,全国法院每年判决的罪犯人数迅速增加到了45万人以上;根据相关年份的最高人民法院工作报告,1996年判处的罪犯人数为61万余人,2003年为93万余人,2005年为84万余人。这引发了人们对“严打”的质疑,认为“严打”似乎并未有效地降低犯罪率。“严打具有短时间内压制犯罪的效应,这是不容否认的。但严打的效果不能持久地维持,这也是一个客观事实。”<sup>[35]</sup>与此同时,长期执行“严打”政策也导致立法出现了重刑化的倾向,进而导致重刑思想不断蔓延,回归均衡性政策势在必行。

第四,由于在较长的一段时期内,“严打”政策是通过立法来支撑的,而“严打”的立法成果在很大程度上已经为现行刑法所吸收,所以,在司法过程中,不能再一味从严。这也为将宽严相济定位为刑事司法政策提供了制度框架性前提。

### 三、宽严相济刑事司法政策的应然逻辑

改革开放以后,我国刑法立法与刑法适用的规范性获得了空前重视,政策应当被限定在法治的框架内几近成为一种共识。但是,这并不意味着我们完全厘清了其中的关系。具体到宽严相济刑事政策,罗干在2005年全国政法工作会议上是这样界定的:“宽严相济就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,实现法律效果和社会效果的统一。宽严相济是我们在维护社会治安的长期实践中形成的基本刑事政策。在和谐社会建设中,这一政策更具现实意义。我们要立足于当前社会治安实际,审时度势,用好这一刑事政策。”<sup>[36]</sup>他认为宽严相济刑事政策是维护社会治安的基本刑事政策,是对惩办与宽大相结合政策的继承与发展。其中继承是基本的,发展则体现在它是依据构建和谐社会的理念提出的,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有所不同。原来的惩办与宽大相结合是在解放初期镇压反革命的背景下提出的,当时宽大是以惩办为前提的,离开了惩办也就无所谓宽大。但现在的“宽严相济”,宽是第一位的,这个“宽”是围绕“和谐社会”而提出的。对此,可以做这样的解读:其一,宽严相济刑事政策是对“严打”政策的修正,而且宽和成为首要要求,这一修正显然是本质性的修正。其二,“严打”政策后期实际上已经被局限在刑事司法领域,作为增量因素出现的宽严相济刑事政策,自然也应当被理解为刑事司法政策。其三,宽和因素的增加,既可以“有力打击和震慑犯罪,维护法制的严肃性”,又可以“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”。将法律效果与社会效果相提并论,显然包含着这样的原理:仅仅有严肃、明确的法律规范有时并不能产生良好的社会效果,所以,必须结合社会现实来适用法律,在遵守法律的基础上对法律做符合社会现实的解读。

不可否认,法律既然是针对现实的,就总会将一些政策落实为法律规范。但需要注意的是,这样的落实只能说是法律体现了某些政策性内容,而不能直接认为法律规范是政策

[35] 陈兴良:《宽严相济刑事政策研究》,《法学杂志》2006年第1期。

[36] 参见 [http://www.cpd.com.cn/gh/newspaper/2006-02/21/content\\_564516.htm](http://www.cpd.com.cn/gh/newspaper/2006-02/21/content_564516.htm), 2008年8月5日访问。

指导的产物。政策入法需要经过法律规范的正当性检验以及经过多方博弈作为立法共识而出现。因此,刑法尽管往往体现了刑事政策的某些精神和思路,但显然不是刑事政策直接作用的结果。

第一,立法须遵行正当性,而政策须遵循合法性。立法自身的品质决定了其只有体现人类整体的文明成果才具有正当性,只有体现了共识性观念才具有合理性。这显然已经与刑事政策的内容没有多少关联,二者更不能同日而语。当政策因其权力属性和利益的特定性而随着时代发展而变更时,法律还在那里。人们或许无法记住刑事政策的古今兴亡,却趋向于对法治的追求。就合法性而言,一般来说,政策必须遵循法律,政策破法将贻害无穷。具体到刑法,与其他法律相比,其更应具有稳定性,更应忌讳朝令夕改,更应注重遵守和保护社会长期形成的规范,更应注重接纳业已形成的共同的法律文明成果。这才是刑法正当性的基础,而不能基于政策需要违背这种正当性的要求。在这方面,我国当代的刑法立法显然有着极为深刻的教训。譬如,在溯及力问题上,从旧兼从轻原则为1979年刑法和1997年刑法共同予以申明。但在政策入法的时代,单行刑法却规定了从新原则和有条件从新的原则。这些规定一方面违背了立法的正当性要求,违背了法律的内在道德标准;另一方面也突破了政策本身的合法性底线。

第二,立法源于分配正义的平衡,而政策由权力主导。“立法是分配正义的平衡之艺术。立法原本就是要在权力与权力、权力与权利的矛盾焦点上,找出最佳的结合点。对公权力而言,有授权就有控权,公权力不是无限的,不是为某一部门独霸的,不是不受制约的;对公民私权利而言,公民的权利起点,就是公权力的终点。”<sup>[37]</sup>立法是一种博弈活动,是平行四边形中合力形成的结果。以权力为主导的政策,实际上应该是立法过程中的一方力量,而不是独霸力量。即,政策不应直接成为立法的指南。“从政策博弈转向立法博弈,是权益分配机制的重大变革,也是呈现于此刻中国大地上有关分配正义的重要事实。过去中国的公权力表现为一种高度一元化状态,最高权力的指令构成了全体行动的纲领,社会听命于政治,而政治一统,基本谈不上所谓博弈问题。近二十年来,多元利益和多元主体的形成,逐渐造成了由利益博弈来担当正义分配的机制之势,表现为从政策博弈向立法博弈的转型,其实质是利益博弈的法制化。”<sup>[38]</sup>这样的态势在其他领域的立法中已经呼之欲出(包括刑事诉讼法的修改),但似乎在刑法立法中政策的主导性作用仍然十分明显。我们很难希冀立法者主动改变,但至少在刑法理论上不应固守陈规,应该树立立法博弈的理念。只有如此,才能彻底摆脱刑法工具论的束缚,防止刑法跟随政治权力亦步亦趋。

第三,立法具有稳定性,而政策具有功利性。法律追求的是人道、公平和平等等人类社会的基本价值,由此决定了立法是保守的,其外在表现之一就是立法的稳定性要求。朝令夕改表面上是对法律稳定性的侵犯,实际上则是对法律的基本价值的忽视。这些保守性和稳定性在刑法中很大程度上表现为刑法的谦抑性:超越刑法的基本属性和规定去追求惩治犯罪的效果,为法治理念所不容。与之相反,政策具有功利性,只要某种手段能够控制犯罪,该手段就对权力者具有吸引力,就有被权力者在一定情形下使用的可能。尤其在特

[37] 艾文波:《立法博弈必须保障民众话语权》,《检察风云》2006年第14期。

[38] 许章润:《从政策博弈到立法博弈——关于当代中国立法民主化进程的省察》,《政治与法律》2008年第3期。

定时期,甚至针对特定的、严重的突发事件,政治权力都可能在匆忙间祭起刑法的大旗,对谦抑、人道、公正等刑法价值形成冲击。从我国盗窃罪死刑存废的变迁中就可以看到这样的现象。1979年刑法对盗窃罪并未设置死刑,但是,随着“严打”的展开,政策的功利性要求使盗窃罪的死刑有了存在的“正当性”。1997年刑法最初的意见稿中也曾取消盗窃罪的死刑,但最终经过一定的技术性处理或者说作为妥协的结果,死刑并未被废止,而只是附加了严格的条件。直至2011年《刑法修正案(八)》才最终彻底废止了盗窃罪的死刑。刑事立法三十余年间的反复,从一定意义上说,就是立法的正当性、稳定性诉求与政策的功利性之间的博弈,以及政治权力与法治理念的合理要求之间的对立、妥协和协调过程。当然,在遵守法律基本价值的前提下,刑事政策也可以适当地突破法律的稳定性要求。简单地说就是,政策“不可法外示威,但可法外施恩”。但是,“法外施恩”必须有严格限定,即必须是立法严重违背人道和伦理精神之时。这也是“拉德布鲁赫公式”的要求:法的安定性要受到更高的价值的约束。<sup>[39]</sup>

第四,惩罚性是刑罚的基本属性,这种惩罚性建立在一般人和一般社会行为规范的基础之上,而政策往往针对部分群体和部分特殊行为,所以,刑法总体上表现为一种不宽容。“惩罚的不宽容依然成为人类社会维持现代社会运转不可或缺的一种社会形式,是一种社会防范和约束各种‘过错’的重要手段。”<sup>[40]</sup>但是,对于社会现实,因为情景的变化和特殊的时代需求,必须予以具体的诠释;由此,宽容往往成为必要的补充和修正手段。刑法立法一般并不热衷于具体的个案、个人或短时期内的具体事件,而是着眼于整体性的正义(只不过有时以具体事件为契机);这决定了其在功能发挥上排斥个体的特殊需求,其所针对的都是类型化的行为,并以刑罚报应为基础属性。与立法不同,司法过程是针对个别化事由的,其宽容性可以通过政策性的指导来实现。此正所谓:“立法贵严而责人贵宽。”

最后需要提及一个非常重要的但被忽视的立法变化。1979年刑法第1条就制定刑法的依据明确指出:“……以宪法为根据,依照惩办与宽大相结合的政策,结合……制定”,而1997年刑法第1条则被修订为:“为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合……制定本法”。即,直接删去了政策作为立法依据的表述,这是否意味着立法者曾经有意识地回避政策的法律化倾向?

从应然的角度来说,刑事政策主导立法的惯性思路显然有被深刻反思的空间。立法由刑事政策主导的思路不仅陷入政策立法化的误区,导致立法过度回应政策,而且会出现“泛法治化”的倾向,反倒忽视了法治的真谛。不仅如此,从形式上来说,将宽严相济刑事政策作为立法政策来对待,还会出现一系列形式逻辑困境,实际上使政策与法律的关系再一次失调:

其一,当宽严相济被解读为立法政策时,就意味着法律规范本身的形成已经是宽严相济作用的结果,那么,在司法过程中是否还有继续通过宽严相济刑事司法政策来调整犯罪处遇的必要?如果在司法中继续贯彻这一方针,就会出现两个方面的悖论:一是,对犯罪进行了政策方面的重复评价。宽严相济的本质是“相济”,是对基本规范的修正,既然立法

[39] 参见孙万怀:《刑事立法过度回应刑事政策的主旨检讨》,《青海社会科学》2013年第2期。

[40] 李振:《社会宽容论》,社会科学文献出版社2009年版,第69页。

中已经做了调适,似乎司法中就没有了变通的必要,否则可能导致处罚结果宽上加宽(或严上加严)。譬如,如果将《刑法修正案(八)》中已满75周岁的人一般不适用死刑的规定理解为宽严相济的体现,则司法实践中是否还有必要结合各种情节,再次根据宽严相济刑事政策作出从宽处罚的规定?二是,可能导致政策走向虚无。虽然立法依据政策做出了新的调整,但司法可能利用政策让这种调整归于虚无。譬如,立法对某类行为进行了从严(或从宽)规制,司法则可能根据社会形势和宽严相济刑事政策进行从宽(或从严)的反向规制。再譬如,《刑法修正案(八)》在盗窃罪中增设了“入户盗窃”等情形。如果将其认定为以严济宽的体现,再对入户盗窃的既遂等问题做宽和化的解释(实质上属于再次以宽济严),则政策贯彻的前后思路似乎出现了内在冲突。反过来说,如果对该问题做严厉化的解释,则在立法从严的前提下,司法似乎又没有必要再这么做。三是,理论上可能会存在这样的推论:立法划定了“宽”与“严”的范围和限度,司法中可以继续宽严相济,因此,立法上的宽严相济与司法中的宽严相济并不矛盾。这样的推论实质上在印证本文的结论:立法中的“宽”或“严”本身就是立法“中道”、“中正”的体现,因此不存在相济的问题,“相济”只体现在司法中。

其二,宽严相济本质上是一种和谐化政策,是对刚性规定的中和化策略,而立法的缘由是复杂的,有其自身的规律和需求,并非宽严相济所能涵盖。譬如,《刑法修正案(八)》废除了13个经济性非暴力犯罪的死刑,实际上就有多方面的原因:一是,随着人类法治文明的进步,死刑存在的合理性受到质疑;减少死刑适用是大势所趋,尽管政策主导者可能并不情愿,但不得不考虑。二是,死刑与经济性非暴力犯罪不具有对等性,这已近乎共识;对共识性认识的遵循势必逼迫刑法做出改变,尽管权力主导者对此并不完全认可,但不排除有时会被迫做出某些妥协。<sup>[41]</sup>三是,这些罪名在司法实践中适用死刑的情形比较罕见,死刑存在的意义不大,废除也不会引发严重的观念冲突,易为权力者所认同、所乐见;同时,也只不过是对司法实践正当性的认可而已。以上这些因素显然都和宽严相济刑事政策关联不大,甚至不是权力者的主动追求,而是法治发展的历史阶段使然。如果将这些因素都并入宽严相济的旗帜下,就会有损立法的合法性价值,立法本身的独立性依据也会随之丧失。毕竟所有新的立法规定,较之以前的规定,不是宽和了,就是严厉了,如果都以宽严相济为依据,不仅会陷入立法政策化的泥沼,也是一种毫无实际意义的解读。

其三,宽严相济的基本含义与立法的特点不相符合。宽严相济刑事政策的核心是“相济”。“相济”表现为对既存基本规范的修正或接济,需以基本规范的有效存在为前提。即,宽严相济的概念本身就意味着宽(严)本身是存在的,只不过通过严(宽)做出适当变通,如此才存在“济”的问题。如果旧的规范已经被新法修改,“相济”的基础就消失了。从这个意义上来说,宽严相济刑事政策与西方所谓的两极化政策是不同的。前者追求的是接济和协调,后者强调的则是极端化。所以,如果将立法作为政策的体现,则两极化的提法显然比宽严相济的提法更为合理。但在刑事司法或刑法适用的过程中,基本的法律规范是存在并有效的,只不过基于社会形势的发展变化,考虑到实现社会效果的需要,刑法规范的

[41] 事实上,《刑法修正案(八)》对一些死刑的废除,确实给人的感觉是一种妥协。譬如,同是金融诈骗罪,立法只是废止了部分罪名的死刑而不是完全废除。再如,对于“审判时已满75周岁的人不适用死刑”的设置,“草案”的初衷是绝对不适用死刑,但最终还是拖了一条尾巴——“以特别残忍手段致人死亡的除外”。

适用可以依据政策在一定范围内进行延展和限缩。但是，这并不是确立全新规则的过程，更不是取代旧规则的过程。

最后需要说明的是，本文的论述既是对宽严相济刑事政策的定位进行正本清源的结果，也是合理定位政策与法律关系的必然要求。但这只是完成了前提性的工作，在贯彻宽严相济刑事司法政策时，还存在政策合法性与合理性的判断问题。在立法正当性的框架下，宽严相济刑事司法政策的贯彻必须遵循法律的基本精神，因应法律的基本准则，这样立法与司法之间才能形成良性互动。<sup>〔42〕</sup>

---

**Abstract:** Initially the criminal policy of tempering justice with mercy had distinct judicial characteristics, whether in terms of its written expressions and in terms of its practical application. However, with its expansion from judicial understanding to legislation thinking, this policy has been turned into a “basic criminal policy”. At the beginning, there had been small-scale and sporadic debates in the theoretical circle on the appropriateness of this transformation. However, ultimately these debates were ignored and the original aim of the policy was not adhered to. The expensive interpretation of the policy has not been systematically demonstrated and lacks sufficient justification. The criminal law dominated by policy shows the same characteristics, that is, dominance of power is becoming increasingly apparent, little consideration is given to the procedural and stability requirements on legislation, frequent revision of law becomes a rule, and there have been numerous examples of legislation made on the basis of policies in the process of the revision of the Criminal Law. The main characteristics and basic quality of legislation indicate that it is impossible for criminal policy of tempering justice with mercy to be directly expressed in legislation. The argument that this policy is also a legislative policy leads to the following logic dilemmas, that is, the difficulty to coordinate the relationship between this policy and the policy of combining punishment with leniency, the repetitive assessment or nihilization of the policy, the impossibility for this policy to cover all the quality requirements and complicated grounds of legislation, and the loss of the ground for “tempering” after the replacement of old norms by new ones.

**Key Words:** temper justice with mercy, criminal justice policy, criminal legislation policy, combining punishment with leniency

---

---

〔42〕 关于政策的合法性要求，参见前引〔39〕，孙万怀文。