



变革中的刑事政策（下）

苏惠渔 孙万怀

二、刑事政策更为注重权力的监督和制约

党的十六大报告在涉及政治体制改革问题时，明确将“加强对权力的制约和监督”作为独立问题加以提出。明确、公开地使用“权力制约和监督”的提法，第一次将权力的制约和监督视为互动的范畴加以肯定，将权力的制约视为政治体制改革中的重要内容加以强调。这昭示了我们对于权力性质的认知进一步深化，对于权力运作过程的理解更为全面。在依法治国的前提下，法治成为制约和监督权力的根本性形式，尤其是在刑事法领域，刑事司法的过程就是权力的监督和制约的过程。现代刑事法治的精髓是：国家刑权力在监督下设立，在制约下发展，在协调中完善。也就是说，防止权力绝对化和权力个性化最为有力的手段是有效的制约，而有效制约的起点是权力的分解，即将权力结构化、程序化。阿克顿爵士有一句名言：权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。权力分工制约是现代法治的要义。

刑事政策作为国家刑权力的现实化途径，将刑权力分立行使，以杜绝权力的个性化和绝对化。从国家刑权力的运作过程来看，刑权力的分权制衡是现代刑事法治的基本结构。从动态的角度而言，包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权的分权制衡。刑事政策的意义在于：第一，对国家制刑权产生指导意义。表现为两个方面：一是为刑事法律的制定提供依据。刑事政策的价值性倾向直接决定了刑事法律的价值倾向，为刑事法律网的编制提供指导意义。二是将刑事政策的内容转化为刑事法律规范，在刑事法中直接加以体现。第二，对国家的量刑权产生指导意义。刑事政策对于量刑权的规制具有直接意义，表现为以下方面：一是政策对于刑事法适用过程中法律条文的理解做出有利于国家刑权力实现的解释。二是刑事政策影响了法官对于刑事法的理解。三是刑事政策对于刑事司法活动的整个评价产生影响。第三，对国家的行刑权产生指导意义。主要表现在刑事政策对于行刑规范、罪犯的改造、罪犯改造的社会评价产生直接影响，对于社会规范生成产生间接影响。刑事社会防卫政策观念的盛行极大程度上替代了立法、司法、行刑思想，进而引发了一系列社会制度规范、政策的更新。

江泽民同志在十六大报告中提出，要“建立结构合理、配置科学、程序严密、制约有效的权力运行机制，从决策和执行等环节加强对权力的监督，保证把人民赋予的权力真正用来为人民谋利益”。^[1]在我国长期以来，司法执法部门“分工负责、互相配合、互相制约”成为我国刑事法运作的一项基本政策，在刑事实践中，时时刻刻体现着这种分权所带来的公正性。但是世间一切皆流，无物常驻，原则也应当是不断进化的。“分工负责、互相配合、互相制约”是刑事法转型以前提出的一项政策，近年来的社会转型带来了观念的更新，旧有的价值观已经出现松动，法律应该回归本位，法律应该解决法律所能解决的问题，

互相配合、分工负责固然必需，但互相制约才是原则的精髓。职能的不同决定了各职能部门的功能差异性超过了目标的共同性，尤其是求刑权、量刑权和行刑权之间，由于长期过分强调互相配合，导致社会对职能部门权力性质的认识模糊甚至趋于相同，客观上导致了国家机关共同对抗受刑人的印象和结果，使得当事人居于强大的国家压力之下，权力客体的合法权益无法在权力制约中得到保障。同时，“分工负责、互相配合、互相制约”的原则中忽略了刑事法律运行活动中重要环节——行刑。

法律是静止的规章，权力制约下的规范运作是关键，只有刑事政策能够规范和科学的行使，对于字面的规范做出合理的定制和解释，只有完备的制约机制产生作用，才能实现抱法则治，背法则乱。在政策主导国家的管理活动的过程中，刑事法律被广泛地理解为国家管理性的法律。即便可以通过权力分工对权力行使过程进行限制（客观上存在着对于权力滥用的限制），但是主观上分工只是为国家权力的有效性服务的。在传统的政策体制下，刑事被告人所博弈的对象不仅是分工之下的求刑权，而且还要应对刑事司法权的裁量活动，国家刑事司法权的动因似乎与求刑权的动因是一致的。在注重司法者作为仲裁者的同时，刑事被告人还必须对司法者进行提防，因为在绝对主义的刑事司法体制下，司法者实际上是集体利益的代表，是依附于集体利益的。这是传统刑事司法体制追求实质正义的现实基础。身份竞合的结果是：在刑事案件上执著于发现事实的真实，较少或根本不考虑司法审判的中立地位，而这恰恰与求刑的诉求在一般意义上是吻合的。

求刑权和量刑权的分离是现代刑事法运作的特色，其表现方式为控审主体职能分离，控诉和审判职能分别由不同的主体承担，法官保持中立，不具追诉职能，不偏向控辩任何一方。掌握刑罚裁量权的主体只有成为中立的裁判者，才能避免偏见和预断，对控辩双方提出的证据和意见进行冷静而理性的分析判断，对辩方的辩护意见给予足够的关注，做出公正的裁决。

求刑权与量刑权分立的实质是将刑事司法权从政治权力中独立出去，司法中立和独立与国家权力渊源是直接关联的。控审权力分立的核心是法官的独立和独立，这是刑事司法权的性质使然。司法权力独立具有广泛内容，首先是强调国家刑事司法权不受他国的干涉，独立行使自己的权力。其次是国内意义上的权限，即独立于其他国家权力的权限。最终意义上是指独立于司法体制内部的权限。一般所论述的司法独立多集中刑事司法权力独立于其他国家权力的特征。1983年6月10日在加拿大魁北克蒙特利举行的司法独立第一次世界会议全体大会一致通过的《司法独立世界宣言》为司法权的独立设定了以下标准：司法权独立于其他国家权力，免受立法权和行政权的干涉。具体表现在：司法机构独立于行政部门和立法机构。司法程序不受任何权力的干涉。行政部门无权关闭法院或者停止法院的工作，不得以任何行为或懈怠的方式阻碍对有争议的司法判决或阻碍判决的正常执行。立法或行政命令不得追溯性地推翻具体的法院判决或改变法院的认识构成以影响它做出判决。

当前我国刑权力制约体系中需要理顺的另外一个问题是行刑一体化的问题。仅从目前刑事执行机构的职能分配而言，呈现明显的分散特点。无期徒刑、有期徒刑以及死缓（通常被成为两个半主刑）等具有相对较长的监禁活动由监狱负责执行，管制、拘役、剥夺政治权利、驱逐出境等由公安机关执行，罚金、没收财产、死刑由人民法院负责执行。问题的症结并不是行刑权作为一个完整的权能不能再加以分化，并不是执行主体不能多元化，而是多元化的效果问题，尤其是公安机关、人民法院作为司法活动中的职能部门分担着不同阶段的任务，由于阶段的不同，权能所包含的价值性基础存在着较大背离，正如同样为司法的公正服务，但辩护人与公诉人的职能差别决定了角色的无法替代一样，行刑职能的独立性也具有不可替代性，否则行刑失措即便不一定出现，但出现的可能性无法避免。以法院作为罚金刑的执行机关而言，其就面临着审判职能和行刑职能多元化的窘境。罚金刑的大量设置，既是对我国近20年立法的一个归纳，同时

也是新刑法的一个重要特点。但是罚金刑规范化的标准不在于设置的数目，执行的完善才是最重要的。罚金刑执行的力不从心，并非只是基于个别司法人员个别现象，其具有更深层次的体制方面的动因。法院是刑事审判机关，是整个刑事诉讼活动的中心环节，正如刑罚权的各项权力不能兼容一样，审判权和行刑权是不能兼容的，审判权应当是高高在上的，通过孤立获取公正，而行刑则需要通过与受刑人的意念交流，通过针对性的执行措施和手段，达到行刑的效果。还要看到，问题并不止于此，人民法院对于自己的判决无法得到执行或圆满执行，更为严重的后果是导致法院失信。法院作为法益最终的代表者，如果法庭不断失信，法官不断出错，则社会信仰面临着崩溃，公众寻求与社会主流规范不一致的冲突解决方式成为客观事实。

与上述的思维方法类似，公安机关是否应该具有行刑权也成为需要质疑的问题。公安机关作为行刑部门的同时，又负责行使案件的侦查工作，还肩负着对于犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施职能，权力的过于集中，对于如何保障受刑人的权益，实现行刑的目的，带来了较大的疑虑。

托克维尔在《美国的民主》一书中认为，现代民主社会中人们之间身份的平等，也很可能导致专制。因为，随着身份在一个国家实现平等，个人便显得日益弱小，而国家和社会却显得日益强大。其二，“居住在民主国家的人没有高低之分，没有经常的和不可缺少的伙伴，所以他们愿意自我反省，并进行独立思考。……因此，这些人从不使自己的注意力离开个人的事业而去操劳公事。他们的自然倾向，是把公事交给集体利益的唯一的大家都可以看得见的永久存在的代表去管理。这个代表就是国家。”[2]其结果是容易走向奴役之路，形成民主的专制。其解决的方法是社会体制的制约结构完成，这个结论对于分析现代法治不无启示。刑事政策的运作过程必须以防止权力的绝对化和个性化为指针，将静止的法律规范在现代性的刑事政策中加以贯彻，才能防止权力的异化。

三、刑事政策的人道主义内涵日益丰富

社会连带主义认为，由于人们生活在社会中，在社会上有相同的和不同的需要，不然存在着同求和分工两种连带关系，以维系共通的社会生活。这种社会连带关系是社会的基本事实，是一切社会规范的基础，也是法律的基础，是客观法。国家制定的法律是实在法，实在法应当反映客观法。社会连带主义否认人的主观权利，宣称个人应尽社会连带关系的义务，犯罪就意味着对此种义务的违反，意味着对社会连带主义的社会协作、协调关系的破坏，国家不能对此放任不管，于是需要维护和恢复这种关系，需要对于犯罪人进行处罚，这就构成国家的刑事政策。具体推导下去，便为国家基于社会连带关系对无责任能力和限制责任能力人适用社会防卫政策提供了理论依据。由于精神疾患等个人体质上的因素而犯罪的人，尽管主观上是无可责难的，但是其在客观上已经对社会法益造成了严重的侵害，对社会上的连带关系是一种破坏，那么国家就不能放任不管，为了防卫社会，国家应当进行社会防卫政策，这是社会防卫政策的精神之一。

其次，社会连带主义还认为，应当从社会生活条件、社会生活环境与人的关系着手研究犯罪与犯罪人，研究刑罚。个人在社会生活中的一切活动包括对社会连带关系的破坏活动都决定于社会环境因素，社会至少是孳生犯罪的一部分条件，所以社会应对个人的不法行为承担部分责任，而不能全部归罪于个人，国家不应该对犯罪者单纯地使用罪刑等价的传统责任刑，而是具有义务对于犯罪人采取改善、教育、治疗、矫正等措施使之能够正常地回归社会，这构成社会防卫政策的基本精神之二。

一般认为，社会防卫政策的出发点是社会的安全，但是安赛尔认为，新社会防卫论的含义应当是“在现代科学的教训和现实刑事立法的进化之光的照耀下，决不是否定现在的刑法，而是在维持所谓政治国家现有的本质的价值观念的同时，为变革刑法而寻求可以纳入刑法之中的东西，并使之体系化”。其基本立场可以归结为以下四点：（1）刑事政策的基础在于保护个人，犯罪人也具有“再社会化的权利”，对于这个

体系来说，“人权”的承认是理所应当的。安赛尔否定以遏制犯罪乃至防止社会受犯罪侵害为目的的主要从国家利益的观点来实行的刑事政策。认为国家有义务使陷入犯罪的人复归社会，也就是说，要从福利的观点出发，在犯罪人的处理上采取新政策。（2）在承认刑法这种法律制度的必要性并加以维持的同时，力求使它的内容更适合社会保护的客体（个人）和主体（社会）相互配合的要求。安赛尔认为，对于刑罚与保安处分的关系，有法律性质的、行政性质的、刑事政策性质的三种处理方法，应当采用的是刑事政策论的方法。这就是，应该采取能够有效地阻止与防止（预防累犯）的所有手段，从这种观点来看，刑罚与保安处分都同样起作用。因而，抹杀刑罚，只用治疗性、改善性处分来代替是完全不必要的。正如安赛尔所说，刑事政策的基础在于对个人的重视，包括正确对待权利和真正地以人的再社会化为目的。其实质就是人道化的刑事政策。

另一方面，作为刑事政策意义上的犯罪行为剥离了具体犯罪的具体原因，而是从政策制定的角度进行分析的。犯罪的形成是以上述社会分裂为前提的。这种分裂主要包含四个方面的原因，即伦理失范是由于贫困与不平等引起的，是由较多的社会财富和较大的社会保障引起的，是政府的错误政策引起的，是由广泛的文化变迁引起的。其中福山在《大分裂：人类本性与社会秩序的重建》一书中较为独特地提出了“社会资本”的概念，社会资本的重要性不仅体现在经济领域，更为重要的是体现在社会领域，它使得家庭和国家之外存在着广大的领域，这就是公民社会。现代国家尤其是西方各国近三十年发生的社会紊乱主要是由于技术的因素（从工业社会、现代社会向信息社会、后现代社会）和自由民主社会的道德相对主义使得社会资本的流失而造成的。所谓社会资本是指一个群体的成员共有的一套非正式的允许他们之间进行合作的价值观和准则，构成社会资本的规范包括诚实、信任、责任和互惠，而社会资本能否成为主流的行为准则存在着较多的路径，也是多方合作的结果。其中政策的规范和导向是最为主要的方式。但是规范源于人的本性，因为政策应该源于人的本性。政策是以正式的法律、正规的宗教、习惯法以及历史传统构成，而秩序的形成可以由上而下的强制形成也可以由下而上的自发形成，这就是刑事政策的价值。

人类发展史上最为令人困惑的问题便是在科学技术高歌猛进的时候，人的道德水平出现了巨大的裂变，有人将之定性为退步，其主要的表现是：传统的伦理道德不再被信守，旧有的社会规范被打破，社会出现了大紊乱，秩序亟待恢复或重建，否则人类将为失序付出沉重的代价。这种失范现象，尽管在我国和西方表现为不同的方式、程度，但内容是相同的，后果也是同样相同的。其中最为显著地表现为随着道德失范而引发犯罪率的大幅度上升，在制定刑事政策中必须要对此进行正确对待，在礼崩乐坏的时期，规则的失范，权力运行的失范要求人们必须把握最基本的人道主义底线。

刑罚人道主义原则应当贯穿于刑事政策，而不仅仅是刑罚过程中，从这个意义上说刑事法中的人道主义原则与一般的人道主义还存在着特殊性的差别。人道主义的刑事政策观主要是针对国家刑权力的适用而提出的，尽管从根本意义上说，与国家刑权力是并行不悖的，但是从具体实现而言，带有强烈的对国家刑罚权限制性的色彩。尤其是国家的政治职能体现十分强烈的时候，国家承担的专政性十分明显，则与人道的对立相对较为直接。我国在从否定人道主义到谨慎对待人道主义，无不与此相关。而人道主义在其他领域中的体现则没有如此的对抗有时甚至是与国家政策相统一的。譬如，在市场经济中竞争是发展的前提，但竞争应当是公平的。这里就包含着人道的原则，平等信用等价有偿本身就是人道的体现。但是竞争超出了一定的规范就对社会公益和诚实的经营者、正当的消费者产生了危害，尤其是导致最为可怕的信用的丧失，导致对于人道的违反。更为明显的是，竞争必然有优胜劣汰，竞争的结果导致产生分配差距拉大的倾向，导致社会贫困的产生，国家必须给予人道主义的补救。这种补救是多方面的，不仅表现于一般的社会福利和社会保障体系的完善，而且特别表现于对于弱者的扶助。国家的社会职能中本身就包含着这以上内容。而人道主义在刑事法中体现则复杂得多，所承担的压力也不可同日而语。

人道主义的刑事政策观在行刑过程中首先外在表现为对受刑人人权保障的重视、对于权力客体的同情和对客体境遇的改善。受刑人应当拥有正当的人权，包括我国在内的多数国家的宪法或刑事法律中均明确规定，但是在实际立法、司法中，对于人权的范围、内容以及现实的实现程度、方式，存在着较大的差异，引发了国家之间对于人权标准的分歧，甚至争议的实质已经超出了纯粹法治的内涵，过多地掺杂了其他的因素。在以当代为本位的观念下，对历史进行了太多地否定，而实际上在人类文明的早期，正如同人的幼年时代是充满着纯真、浪漫和朝气的，其思想是十分活跃的，政策中也赋予了较多的终极关怀，以此构成政策的缓冲。在慎刑思想的影响之下，体现为对生命的一种重视，这在当代也不乏其例。抗日战争时期林伯渠同志、王子宜同志的一席话至今尤被提及。1941年5月，陕甘宁边区政府主席林伯渠在总结政府工作时指出：“犯人之所以甘为犯人，主要是由于社会不把他当人，要恢复他的人格，必自尊重他是一个“人”始。”边区政府高等法院院长王子宜在《边区司法工作总结》中更是明确指出：“什么叫做犯人？这就是普通人犯了法，但是，“犯”字下面还是个“人”字，因此说，犯人也是人，我们司法工作者不能把犯人不当人看待；我们的责任，是要以救人的态度把人家头上戴的那个“犯”字帽子脱掉，经过教育改造后，能继续在社会上做一个有用的人。”在我们看来，上述谈话中闪现着刑罚人道主义的光芒。虽然，作为国家刑权力最终体现的实体结果可能会存在不同的看法，但是行刑过程中的人道待遇却受到大家的共同认可。就象国际公约之所以没有将“酷刑”的范围扩张至实体结果，正是考虑到实体结果可以存在分歧，但对于为逼取证据而实施的酷刑却是被广泛禁止的。犯人首先是人，其次才是犯人。犯人乃国家为其戴上的一定帽子，在帽子脱掉之后，仍可能是一个有用的人。所以首先必须将其当人对待，一方面必须给予其人应有的尊重，一方面只有当人对待，才具备改造好的前提要件。但是从总体人道主义而言，“人道主义在二战后人权思想的展开中成为刑事政策，成为认罪人处遇的指导理念。”[3]在国际人权运动迅速发展的推动下，囚犯权利问题已越来越受到人们的关注，并通过制度和法律保障而付诸司法实践。因而使囚犯人权问题获得迅速发展。进入本世纪50年代以后，随着国际人权运动的广泛开展，保障囚犯权利问题日益引起国际社会的重视，先后形成了一系列有关囚犯权利问题的国际协议和公约，这主要有：1955年联合国第一届预防犯罪与罪犯待遇大会通过的《囚犯待遇最低限度标准规则》、1966年通过的《公民权利和政治权利国际公约》、1975年通过的《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》、1979年通过的《执法人员行为规则》、1984年通过的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》及《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》，等等。根据上述国际协议和公约的规定，囚犯权利主要包括：物质生活待遇权；文化娱乐权；医疗权；人身不受酷刑体罚、虐待侮辱权；宗教信仰权；私人合法财产不受侵犯权；提出请求和申诉权；同外界接触权；劳动权，等等。但是，上述国际协议和公约只是宣布了国际上囚犯权利的一般准则，而要使这些权利得以实现，尚需各国以国内法的形式加以确认。我国签署并加入了其中的大部分公约，这意味着国内的政策与国际公约的人道主义精神相协调成为一种必然。

人道主义在当代中国命运坎坷，甚至曾经被作为一种反面的理论加以对待，十年浩劫的种种惨无人道的现象。即使改革开放之后经过关于人道主义的大辩论，确立了“社会主义人道主义”的合法地位，但仍然处于风雨飘摇之中，以至几乎成了尽管正确却无人理会的概念。但是从世界范围而言，刑事政策的角度分析，人道主义的内涵已经开始在刑事政策中落地开花。譬如，1997年刑法第49条对于审判时怀孕的妇女以及犯罪时不满十八周岁的人不适用死刑的规定，既是刑事政策的人道主义体现，同时也是对于《公民权利和政治权利国际公约》相关内容的认可和接受。但就刑法意义上说，1997刑法反映了对人权和人道认识的进步是毋庸置疑的，尤其是罪刑法定原则的设立直接表达了刑法的价值色彩，或许刑法的贯彻实施过程中

还存在着不尽如人意的地方，但是在政策的实施过程中，维护人的尊严已经成为一种共识性的底线伦理。死刑的大量存设和增生是1983年以来刑事政策趋于严厉的显性标尺，对于死刑的流变的争议也一直没有停止过，但是近晚以来刑事政策暗潮涌动，1997年刑法对于死刑的一些限制就是信号，如对于一般的盗窃行为取消死刑。最近一段时期，关于死刑的存废争议再次趋于热烈。我们认为，传统的论证方式并不具有绝对的说服力，满足刑罚的人道主义要求才是废除死刑最为有效的理由，刑事政策的人道主义化是先决条件。

从矫正角度而言，根据我国《监狱法》的规定，罪犯在监狱服刑期间所享有的权利是广泛的，主要包括：人格不受侮辱权；人身安全不受侵犯权；合法财产不受侵犯权；辩护权；申诉权；控告、检举权；必要的物质生活待遇权；通信、会见权；受教育权；劳动权；休息权；依法获得减刑假释权。此外，罪犯还享有未被依法剥夺或限制的其他权利，诸如，提合理化建议权、合法婚姻家庭不受侵犯权、宗教信仰自由权，以及未被剥夺政治权利的罪犯依法享有选举权，等等。这些规则中蕴含了许多人道主义的内容，核心是赋予罪犯独立人格和相关的待遇，充分说明了在实定法的意义上对于罪犯具有广泛的人权，当然，有时实定的东西与具体的社会实践可能存在差异甚至相去甚远。[4]但是作为一种文明的进化过程，尽管存在着不尽如人意的素材，但这同时为随后的刑事政策变革提出了更高的目标。

[1] 《中国共产党第十六次全国代表大会文件汇编》，人民出版社2002年版，第35—36页。

[2] [法]托克维尔著：《美国的民主》（下卷），商务印书馆1997年版，第841、845页。

[3] [日]大谷实：《刑事政策学》，法律出版社2000年版，第16页。

[4] 即使在实定法规则的角度，恐怕与人权相悖的现象同样存在。当前仍然生效的《劳动改造条例实施细则》对罪犯知识产权、恋爱、结婚、通信等权利的限制和剥夺充满了惩罚本位感情色彩，不仅于此，在法律规定的行刑制度中本身即包含了较为浓烈的惩罚性的色彩，如假释的禁止性规定。



（苏惠渔系华东政法学院教授，中国法学会刑法学研究会顾问；孙万怀系华东政法学院副教授、法学博士）

更新日期：2006-11-14

阅读次数：641

上篇文章：刑罚政策初探：概念、功能及模式

下篇文章：变革中的刑事政策（上）

 打印 |  关闭

 TOP