

第五卷

陈兴良  
编



法律出版社  
LAW PRESS

夏勇 总主编

Public Law Review in China

# 公法

陈兴良 编 第五卷



法律出版社  
LAW PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

公法:第5卷/陈兴良编. —北京:法律出版社,2004.6

ISBN 7-5036-4921-6

I.公… II.陈… III.公法—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 042295 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张旭辉

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/29.5 字数/588 千

版本/2004 年 6 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939685

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4921-6/D·4639 定价:56.00 元

中国社会科学院法学研究所  
公法研究中心

Public Law Center, Institute of Law  
Chinese Academy of Social Sciences

总主编：夏 勇  
Editor-in-chief: Xia Yong

《公法》特邀编委 (按姓氏音序)

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 陈云生 | 陈惠谷 | 陈兴良 | 陈泽宪 | 陈弘毅 |
| 龚刃韧 | 冯 军 | 高鸿钧 | 韩大元 | 贺卫方 |
| 胡云腾 | 江必新 | 陶正华 | 王振民 | 王敏远 |
| 吴玉章 | 信春鹰 | 许章润 | 於兴中 | 张明杰 |
| 张志铭 | 周汉华 | 郑 强 | 郑永流 | 朱景文 |

## 卷 首 语

“西学东渐”百余年，吾国人文学术之变尤在关涉公共生活领域。公法是为一隅。丁韪良译书《万国公法》先行于世，沈氏法律馆编译踵接而出，复有清末修律厘分民刑，民国立宪规设共和。虽征实言之，可谓有法律而无法治、立宪法而阙宪政、言仁道而疏人权，然吾国之有现代公法名称、律条与学问，盖自此耳。揆度吾国旧时公法学问，有改制变法、据摄西律及民主革命经验积为深厚资源，有戴雪《英宪精义》、狄骥《公法变迁》、康有为《实理公法》及王钱二氏《比较宪法》等著译蔚为大观。功之不昧，过亦足惕。或因动乱频仍，时政所需，公法研究惯受政治思潮裹挟，统治权宜左右，辨不实之理、习乡愿之技俱为时俗。是故热热闹闹、弄潮抒臆之作枝繁叶茂，平心静气、洞幽究微之学鲜且冷矣。

最近二十年改革开放，拨乱反正，公法学术生机重现。然比之于当世学术先进，衡之于时下民众需求，公法学问之滞塞令吾辈愧然失色矣。本刊之创立，意在偕志同道合者，荟汉语世界公法著译之精粹，为推进公法研究、译介与教育尽绵薄之力。

编辑方针如下：

1. 每卷于“主题研讨”之外，设固定栏目“理论前沿”、“改革建言”、“国际人权公约与中国法”、“传媒与法律”、“书评”、“学术对话”、“名作鉴赏”、“学位论文选萃”及“小资料”；
2. 收文范围按学科包括国际公法、宪法、行政法、刑法、诉讼法、大众传播法以及人权理论、法律哲学、中国传统政治哲学；
3. 每卷拟根据需要在海内外聘请主编，并主持主题研讨和相关会议；
4. 鉴于我国公法研究现状，拟在近年内以较大比重译介国外公法学问；
5. 每年不定期出版若干卷。如资金及人力无虞，可考虑定期。

夏 勇

## Preface

After more than 150 years of the "Dissemination of Western Learning in China", great changes have occurred in the humanities studies in China, especially in those areas relating to public life. Public law is one such area. Following the first Chinese translation of English law book, Wheaton's *Elements of International Law*, by W. A. P. Martin and his Chinese associates, a series of Western books on public law were translated and published by Mr. Shen Jiaben's Institute of Law Revision in the late Qing Dynasty. Since that time, the legal reform was carried out which abolished the Chinese legal tradition of amalgamating different laws into one single code and separated civil from the criminal law. With the founding of the Republic of China in 1911, a constitution was adopted which established the principles of republicanism and a democratic government. It was during this period that the concept, provisions and study of public law in its modern form began to emerge in China. However, one may well argue that at that time China enacted laws without establishing the rule of law, adopted a constitution without embodying the principle of constitutionalism and stressed benevolence without respecting human rights.

A review of the history of public law studies in China has revealed both remarkable achievements and serious shortcomings. The achievements include the rich experiences of political and legal reforms, the assimilation of western laws, republican revolutions and a splendid array of works and translated works in the field of public law, such as Dicey's *Essentials of the British Constitution*, Duiguit's *Evolution of the Public Law*, Kang Youwei's *Positive Theory of Public Law* and Wang and Qian's *Comparative Constitutional Law*. The shortcomings are reflected in the fact that, due to the frequent social turmoil and political needs of the time, the study of public law has often been influenced by the trend of political fashions and controlled by the expedience of the political rulers. It was often the fashion of the time for scholars of public law to engage in meaningless debates, cater to the whims of

the rulers or practice hypocrisy. As a result, many of them indulged in writing superficial and subjective articles and few were able to do any serious and indepth research.

The reform and the implementation of an open policy in the past two decades has restored order and brought new life to the research of public law in China. However, the enormous gap that still exists between China and the advanced Scholarship in the field of public law, whether in terms of carrying forward legal heritage, development of new theories, or possession of materials, has made us flush with shame. The inability of public law research in China to meet social demands, whether in terms of analyzing national conditions, upholding justice or changing the legal system, has given us many sleepless nights. The purpose of initiating this publication is to bring together legal scholars who share the same ideals and interests, to collect the best works on public law, whether written by Chinese or foreign scholars, and to contribute to the promotion of the research, translation, as well as education in the field of public law in China. It is also our hope that through this publication we are able to lay the necessary theoretical foundation for an exploration, from the perspective of legal research, of the ways to reform the political system.

The guiding principles for this publication are as follows:

1. Apart from the "Subject Discussion", each volume will include the following regular contents: "Frontier of Theories", "Proposals of Legal Reform in China", "International Human Rights Treaties and Chinese Law", "Mass Media and Law", "Book Review", "Academic Dialogue", "Appreciation of Masterpieces", "Excerpts from Excellent Dissertations of Students" and "Database".

2. The contents of this publication are primarily within the scope the following fields: public international law, constitutional law, criminal law, legal procedure, mass media law, human rights theories, legal philosophy and traditional Chinese political philosophy.

3. According to the actual needs of each volume, we may invite Chinese or foreign scholars to be the editors-in-chief of this publication and to chair the subject discussions or other relevant meetings.

4. In light of the current situation of the study of public law in China, in

the next few years we plan to put the emphasis of the publication on the translation and introduction of the researches of public law in foreign countries.

5. This publication is a non-periodical, published irregularly several times a year. We will consider turning it into a periodical if we are able to secure sufficient funding and staff.

Xia Yong

## 目 录

## 卷首语

夏 勇

## 主题研讨:刑事政策

- 刑事政策的价值目标 ..... 严 励 ( 1 )
- 后现代理论及其对中国刑事政策选择的可能意义 ..... 蔡道通 ( 33 )
- 刑事司法政治化的背后 ..... 劳东燕 ( 47 )
- 作为一项刑事政策运动的非犯罪化 ..... 梁根林 ( 58 )

## 主题研讨:刑事程序

- 剖析与构建:变革背景中的刑事诉讼程序 ..... 吴卫军 任永芳 ( 79 )
- 没有陪审团就没有对抗制 ..... 易延友 ( 104 )
- 英格兰刑事诉讼中的诉因制度 ..... 李昌林 ( 125 )
- 美国毒品法庭制度探析 ..... 邱传忠 ( 139 )

## 理论前沿

- 刑事契约论 ..... 郭 明 ( 150 )
- 游街示众:一种治理方式的分析 ..... 刘 忠 ( 162 )
- 警察权及其配置与运行 ..... 张 强 ( 184 )
- 司法官的利益与司法公正 ..... 沈海平 ( 196 )

## 实证研究

- 对警察刑事执法实践问题的实证分析 ..... 陈卫东 程 雷 ( 211 )
- 刑事程序与刑罚效果关系实证分析 ..... 谢安平 ( 228 )
- 关于财产刑执行情况的调查报告 ..... 课题主持人:李振奇 杨 克  
执笔人:朱 平 康 瑛 ( 256 )

刑事审前程序获得律师帮助权之实证研究

——对北京市某区看守所 200 名在押人员的调查

..... 侯晓焱 刘秀仿 张 翼 (276)

判例研究

婚内强奸行为之定性研究..... 陈兴良 (301)

从个案质疑到废弃经济犯罪死刑的法律思考 ..... 屈学武 (313)

专题研究

论刑法的间接渊源 ..... 何泽宏 庄 劲 (320)

义务冲突论纲 ..... 黄旭巍 (336)

疑罪论 ..... 董玉庭 (357)

环境保护、科技发展,刑法谦抑性原则能维持吗 ..... 黄丁全 (371)

故意杀人罪研究 ..... 周 折 (380)

犯罪和死刑..... [日]田宫裕著

戴 波 张立艳译 (399)

翻供、逼供与沉默权 ..... 梁 剑 叶良芳 (427)

国际恐怖主义背景下的恐怖犯罪问题研究 ..... 朱家贤 (443)

编后小记

撰而优则编 ..... 陈兴良 (460)

主题研讨: 刑事政策

## 刑事政策的价值目标

严 励\*

- 一、刑事政策的价值目标
- 二、刑事政策价值目标的追问
- 三、我国基本刑事政策的价值目标

刑事政策与所有其他社会政策一样,作为一套指导同犯罪作斗争的行动准则,总是基于并且体现了决策者所倡导的价值取向。刑事政策“是以权力配置为基础的社会生活的组织形式,以决定财产的分配、保障各类组织(广义上包括家庭、学校、教会等)的运行,并确立基本价值。刑事政策同时也是具有一定目的的行动战略或运动。这种运动正是以政策所确立的价值为导向的。”<sup>①</sup> 刑事政策决策者对价值取向或价值判断问题的态度,不仅会影响其刑事政策决策的内容,而且会通过决策表达出来。刑事政策可以凭借国家政治权力而推行,由其表达出决策者的价值取向总是代表了社会价值取向的主流和发展趋向。同时,刑事政策价值取向将会直接影响甚至决定刑事政策的运行与实施,这种影响可能是建设性的,也可能是破坏性的。新的刑事政策的制定和推行,既可能导致社会的价值崩溃或失范状态的出现,从而出现犯罪与越轨行为大量多发的、混乱的社会局面,也可能促使适应时代要求更加健康的新价值观念的诞生,使全社会形成共同的价值目标,团结一致,和谐有序。<sup>②</sup> 因此,刑事政策决策者总是孜孜不倦地追究刑事政策的价值目标,也即刑事政策的终极目标,并以此为导向,指引刑事政策的进路和可持续发展,构建刑事政策体系。

### 一、刑事政策的价值目标

#### (一)刑事政策价值的含义

美国法学家庞德认为“价值问题虽然是一个困难的问题,但它是法律科学所不

\* 上海大学法学院教授、博士生导师。

① [法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂著:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第26页。

② 肖扬:《中国预防犯罪通鉴》,人民法院出版社1998年版,第414页。

能回避的。即使是最粗糙的、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排,在其背后总有对各种互相冲突和互相重叠的利益进行评价的某种准则”<sup>①</sup> 著名经济学家赫伯特·西蒙曾经指出:“每一项决策都包含着两类要素,分别被称为事实要素和价值要素,对管理来说,这两类要素的区分,具有根本性的意义”。<sup>②</sup> 不同的价值取向必然导致迥异的评判标准,并直接左右着我们的行为走向。因而刑事政策同样要面临着价值的选择和实现的问题。那么什么是价值呢?美国学者哈罗德·拉斯韦尔(Harold Lasswell)和迈里斯·麦克杜格尔(Myres McDugal)认为,一种价值是一种“为人们所欲求的事物”,如权力、财富、幸福、启蒙、技能、情爱、正直、尊重,这些价值是有代表性的,但未必是完全的。由于“在任何文化史或人类史中,价值的相对地位一直是因不同群体、不同个人和不同时间而异的”,因此试图按照上述价值的重要性来排列它们是不可能的。同时他们还认为,确定任何一个特定价值具有普遍的支配地位,也是不可行的。一般来讲,人们必须根据具体的情况,分别对特定的环境中支配一个群体或个人的价值加以确定。<sup>③</sup> 因而,在中西方,价值一词的含义十分复杂,经济学家、社会学家、哲学家、法学家等都在社会科学、人文科学不同的领域谈论价值。哲学家认为:“所谓价值,既不是有形的、具体的存在所构成的实体,也不是客观对象与主体需要之间的满足与被满足的关系,而是人类所特有的绝对的超越指向。”<sup>④</sup> 法学家认为:“价值因素包括:国家安全、公民的自由,共同的或者公共利益,财产权利的坚持,法律面前的平等、公平,道德标准的维护等。另外还有一些较次要的价值,如便利,统一,实用性等。”<sup>⑤</sup>“价值反映着主客体之间的关系,是客体(各种物质的、精神的、制度的对象)能够满足主体生存和发展的需要的一种性能。这种性能是潜在的,只有在与主体的关系当中才显现出来。一种对象、客体,能够满足主体的需要和利益,对主体就是有用的、有价值的。所以,可以把价值理解为客体对满足主体需要的积极意义”。<sup>⑥</sup> 政策学家认为:“价值就是在主体和客体的关系中表现出来的客体对于主体的意义和效用。客体对于主体有一定的意义和效用,那它就是有价值的,否则就是没有价值的。客体对于主体的意义和效用,主要依据主体的需要和客体的属性来确定的。价值的本质实际上就是主体和客体之间的需要和满足需要的关系。主体在社会关系中所表现出来的不同需要的现实化就是人的利益,所以价值关系实际上是一种利益关系。政策是政策主体在一定时期用来调动或约束社会力量,以实现预期目标而采取的政治行为”。因而“依据马克思主义哲学价值论关于价值本质的理论来分析政策现象,可以把政策的

① [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制》,商务印书馆1984年第1版,第55页。

② [美]赫伯特·西蒙:《管理行为》,北京经济学院出版社1988年版,第44页。

③ [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第185页。

④ 何中华:“论作为哲学概念的价值”,《哲学研究》1993年第9期。

⑤ [英]沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第920页。

⑥ 孙国华:《法理学》,法律出版社1997年版,第82页。

本质概括为:政策主体以权威性的价值分配的形式对社会利益关系的集中反映。”<sup>①</sup> 笔者依据以上观点认为,刑事政策的价值是刑事政策的客体对于刑事政策主体的意义和效用。包括刑事政策客体对于刑事政策主体的需要的满足及刑事政策主体关于客体的绝对超越指向两个方面。

刑事政策价值主体,是构成刑事政策的价值关系的首要要素。没有价值主体,任何价值都不可能存在。刑事政策的价值主体即对刑事政策客体进行认识和实践的人,或人之延伸与结合——社会或国家。由于刑事政策是国家和社会以预防犯罪、打击犯罪,维护稳定的社会秩序为目的而制定的行为规范和行动准则,因而,这里所说的刑事政策主体就是指刑事政策的制定者和执行者,即国家和社会。刑事政策的国家主体地位没有争议,而对社会能否作为刑事政策主体则存有争议。曲新久教授认为:“执政党和政府等国家机关是刑事政策的决策者,也是刑事政策的执行者,是完全意义上的刑事政策的主体。”“社会组织不是刑事政策决策主体。但是,在刑事政策决策阶段,社会组织可以通过各种渠道与政党或者与政府等国家机构进行沟通,甚至于形成利益集团,参与到制定公共政策的‘权力游戏’之中。另一方面,依照法律或者习惯,社会组织等往往具有一定的预防、控制犯罪的权力,构成了对政府等国家机构执行刑事政策的补充,甚至于替代。”<sup>②</sup> 曲新久教授从狭义刑事政策视角出发这一结论无疑是正确的,但从广义刑事政策角度探讨则无法说明社会预防政策的制定者和执行者。另从现代“国家——社会”的两元结构看也有绝对化倾向。在计划经济体制和封闭的社会里,犯罪的类型是有限的,以暴力犯罪和财产犯罪为最多,因而打击犯罪的手段相应地也是有限的“以暴除暴”。以公权力制裁和遏制暴力犯罪,实际是国家和犯罪人之间的力量较量。暴力犯罪使社会安全感受到威胁,公众需要并渴望国家暴力。<sup>③</sup> 可见,在计划经济下,国家对犯罪的控制是直接的,且以国家本位为主。“在市场经济下,社会二分法的观念逐步深入人心,以保障私权利为主、不受国家直接干预的市民自治领域即市民社会 and 以公权力为基础的政治国家的分野使刑法的社会角色和社会功能开始发生转换。在市场经济下,仅有刑法是不够的;仅用刑罚进行打击是不行的;仅靠国家包办刑罚是不切实际的;仅以刑法保障国家权力而置市民社会的生成与稳定于不顾更是不可能的。因此,由于社会的独立发展、成熟和对社会本身的重视,计划经济下‘国家本位’的犯罪控制模式也逐步向‘国家·社会’本位过渡。国家让渡出一部分刑罚权和刑事司法权给社会,虽属迫不得已,但也是一种顺应时势的明智之举。”<sup>④</sup> 因而,国家和社会都应该是刑事政策主体,这既符合由“国家本位”一元化主体转向“国家·社会”

① 刘斌、王春福等:《政策科学研究》,人民出版社2000年版,第11页。

② 曲新久:《刑事政策的权力分析》,中国政法大学出版社2002年版,第29、38页。

③ 储槐植:“市场经济与刑法”,《中外法学》1993年第3期。

④ 周光权:“追究完善及其艰难——刑法修改的规模定位与制度设计”,载《刑事法评论》(第1卷),中国政法大学出版社1997年版,第185页。

二元化主体的情势需要,又是社会治安综合治理总的刑事政策的题中应有之义。

刑事政策价值客体是刑事政策的价值关系得以建立的第二要素。价值客体“即存在着人们认识和实践的特定对象”<sup>①</sup>,包括“各种物质的、精神的、制度的对象”<sup>②</sup>。刑事政策价值客体即刑事政策,但刑事政策又不同于其他价值客体。刑事政策的过程起点是犯罪问题,为了解决犯罪问题,通过政策议程犯罪问题就转化为政策问题,政策过程就随之开始了。犯罪问题不仅仅表现为犯罪现象,更是具体人的犯罪,因而刑事政策客体应包括刑事政策的作用对象——犯罪人。“人在总体上是价值主体而不是价值客体。在特定的情况下,一部分人或一个人对另一个人就有价值的问题。诸如‘人人为我,我为人人’,‘毫不利己,专门利人’的人生价值准则,就存在于以人为价值客体的价值关系之中”。<sup>③</sup>对犯罪人这一特殊客体的认识直接涉及到价值判断的标准正确与否。在计划经济时期,传统的思想认为犯罪是私有制产物,社会主义国家已经消灭了私有制,消除了产生犯罪的根源和条件,社会主义国家现存的犯罪分子只是旧社会残余的渣滓,只需消灭或改造就可以。正因为这些敌对分子和残渣余孽具有反社会性,惟一的办法是镇压、惩办和改造,“只许他们老老实实,不许他们乱说乱动”,只准他们接受人民的改造,而不许声张权利,甚而剥夺他们的政治权利,限制他们的人身自由,对他们的专政、惩罚就是对人民的民主,就是最大限度地保障了人民的权利。这种对待敌对分子的办法是必要的,但是,随着对犯罪原因的科学认识和以阶级斗争为纲观念的转变,我们不再用阶级斗争的滤色镜来看待犯罪人,“犯罪人也是人”的人权观念正逐步升腾和建立。不仅要依法惩办犯罪人,也要依法保障被告人、犯罪人的人权,实际也是保障全体社会成员的人权。“刑法保护功能强调的是刑法保护国家、社会和公民个人免遭犯罪侵犯的作用,刑法保障功能关注的则是如何防止犯罪嫌疑人、被告人免遭国家刑罚权的不当行使的侵害。如何协调保护功能和保障功能的关系,实际上决定着刑事政策的走向。平衡保护功能和保障功能,应当是保护功能和保障功能相互关系的最佳状态。所谓平衡,并不是将两大功能等量齐观,而是指以两大功能的平衡为刑事政策的基础,根据实现公正和功利的客观需要进行适当调整。如果需要适当强调保护社会利益,刑事政策就向严厉的方向作必要调整;如果需要重视保障个人人权,刑事政策就向轻缓的方向作适当倾斜。”<sup>④</sup>这种认识的前提不是消灭犯罪,而是预防犯罪,预防犯罪就需要对刑事政策特殊客体——犯罪人有一个正确的认识。

刑事政策价值目标是刑事政策的价值关系得以建立的第三要素,也是价值判断的标准。价值目标“即价值主体根据理性和既往生活经验而形成的需要和利

① 冯亚东:《理性主义与刑法模式》,中国政法大学出版社1999年版,第22页。

② 孙国华主编,前引书,第82页。

③ 卓泽渊:《法的价值论》,法律出版社1999年版,第4页。

④ 储槐植:“西方刑法规律探讨”,《法学论文集》,光明日报出版社1987年版。

益”。<sup>①</sup> 需要包括那些满足人们欲求的其他价值范畴(除权力外)或“所偏好的事物”,<sup>②</sup> 即满足人们欲求的价值和人的精神企求与信仰。“价值在满足人的需要的同时,作为一种绝对超越指向,包含着人类的要求与愿望。它属于人的理想的范畴,是人的思想与行为的目标,在指导人类的同时,又评价着人类关注的外在物与自己之间的关系,以及人类的相关思想与行为。”<sup>③</sup> 刑事政策价值目标即自由、秩序、正义、效益以及它们之间的互动关系。

刑事政策价值体系的三项要素是相互关联、相互作用、缺一不可的整体。刑事政策的价值主体与刑事政策价值客体之间的关系是刑事政策价值产生的基础;刑事政策价值目标是刑事政策价值主体与刑事政策价值客体相互联结的纽带和相互贯通的桥梁。“政策主体同所要实现的政策目标的关系可以说是一种价值关系,政策目标对政策主体具有一定的意义和效用,政策目标的实现可以满足政策主体的某种需要,或者说它可以满足政策主体所代表的那个阶级或阶层的利益。”“任何一项政策的出台都意味着对社会价值的重新分配,任何一项政策的有效实施,都必然导致某种价值分配的最终实现。”<sup>④</sup>“刑事政策,与所有其他政策一样,是以权力配置为基础的社会生活的组织形式,以决定财产的分配、保障各类组织的运行,并确立基本价值,”<sup>⑤</sup> 这也就是对刑事政策本质的高度概括。

刑事政策的选择也离不开这三要素。刑事政策选择实质上是一种价值选择,价值选择就是主体依据自身的需要和客观条件确定客观事物的某些方面、属性和关系为自己的活动对象,以创造或获取价值的过程。人们的价值选择是从对价值目标选择开始的。价值目标就是主体的需要与客体的属性关系在主体头脑中形成的理想模型。正确的价值目标是客观规律与主体需要的结合点。价值目标选择的正确与否决定整个价值选择的成败。虽然刑事政策选择有其特殊的规律,但是,作为价值选择的一种形式,归根结底要受价值选择的一般规律的制约。<sup>⑥</sup>

刑事政策过程也是价值过程,同样与这三项要素密切相关。“价值过程就是主体依据自身的需要和对客体属性及其规律的认识,通过实践活动不断地追求、创造和享用新价值的过程”。<sup>⑦</sup> 刑事政策过程就是刑事政策主体为解决犯罪问题(从价值论的角度看,犯罪问题就是已经实现的价值和尚未实现的价值之间的矛盾)而制定目标(刑事政策主体想要实现的价值)和具体的政策措施(怎样实现想要实现的

① 冯亚东著,前引书,第22页。

② [美]博登海默,前引书,第184页。

③ 卓泽渊,前引书,第4、5页。

④ 刘斌、王春福,前引书,第12页。

⑤ 本文不厌其烦地引用法国刑事政策学家米海依尔·戴尔玛斯-马蒂的这句经典名言,是因为它提示了刑事政策的本质,刑事政策的精髓都凝聚在此,这是对刑事政策最精辟的概括。

⑥ 刘斌、王春福,前引书,第13、14页。

⑦ 刘斌、王春福,前引书,第15页。

价值的具体办法),并予以执行(消除现实状态和理想状态差距的过程,也就是创造新价值并对新价值进行实际分配的过程)和评估(对政策所要实现的新价值实现程度做的判断)的过程。

## (二)刑事政策价值目标之一——自由

自由是人们生存和发展的渴望,是人们追求的最高理想和最高价值,而自由本身又是一个有争议的难题。正如普列汉诺夫所说:自由问题“像斯芬克斯一样向每个这样的思想家说:请你解开我这个谜,否则我便吃掉你的体系!”正因为如此,有许多著名的思想家和学者孜孜不倦地分析自由概念,探究自由的本质。<sup>①</sup> 自由在英语中的 Freedom 和 Liberty 包含着不受任何羁束地自然生活和获得解放的含义。<sup>②</sup>“自由作为人的行为状态包括两方面的含义:自我主张、自我决定,和不受他人干预、限制、阻碍。前一方面是就主体和主体意志而言,它是处于‘自由’状态的行为的起点。后一方面是就行为所受的外在影响而言,它是其他主体对于该行为的反应。将两方面的含义结合起来,我们将‘自由’规定为,自我决定的,不受他人干预、限制、阻碍的行为状态。”<sup>③</sup> 英国牛津大学社会和政治学教授柏林(Isaiah Berlin)将自由区分为积极自由和消极自由。积极自由即自我实现(自我控制与自我指导),消极自由认为个人不能没有自由;自由不能不受限制;对自由的限制本身不能不受限制。美国学者李普森(Leslie Lipson)认为积极自由可以表述为“从事……的自由”,消极自由可以表述为“免于……的自由”。这是一个自由的两个方面。<sup>④</sup>

自由是每个人的向往和追求,就在于自由是相对的,而不是绝对的;自由是有限的,而不是无限的。在氏族社会有习惯的约束,在中世纪受到神权的限制,在专制社会受到暴力的压制,在法治社会同样也要受到法律的限制。但法律的限制旨在保护自由和保障自由,资产阶级启蒙思想家洛克说:“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益,……法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。”<sup>⑤</sup>“这是因为在一切能够接受法律支配的人类的状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴,而哪里没有法律,哪里就不能有这种自由”。<sup>⑥</sup> 孟德斯鸠认为,“在一个国家里,也就是法,在一个有法律的社会里,自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不被强迫去做他不应该做的事情。我们应该记住什么是‘独立’,什么是‘自由’。自由是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能

① 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版,第 523 页。

② 卓泽渊著,前引书,第 389 页。

③ 孙国华主编,前引书,第 86 页。

④ 张文显著,前引书,第 523—536 页。

⑤ [英]洛克:《政府论》(下),商务印书馆 1983 年版,第 16 页。

⑥ 《中外法学原著选读》,群众出版社 1986 年版,第 462 页,转引自卓泽渊著:《法的价值论》,第 400 页。

够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他的人也同样会有这个权利”。<sup>①</sup> 马克思认为:“法律不是压制自由的手段,正如重力定律不是阻止运动的手段一样。……法律是肯定的、明确的、普遍的规范,在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于别人的任性的性质。法典是人民自由的圣经。”“哪里的法律成为真正的法律,即实现了自由,哪里的法律就真正地实现了人的自由”<sup>②</sup>

刑事政策对自由的保护,即国家通过惩处和预防违法犯罪,使公民的权益免受不法侵害,保护公民的人身自由权、民主权利、财产权和其他权利,保护公民的基本权益。公民的权益与社会利益又是紧密联系的,不可截然分开。因而,“另一方面,刑罚法规所予保护的利益,未必仅限于国民个人的利益。有时国家本身的利益也可成为受刑罚法规保护的主体。如刑法中的内乱罪、外患罪、妨害公务执行罪、隐匿犯人罪、消灭证据罪等等,都作为侵害国家法律上的利益的犯罪,而成为刑罚的对象。另外,社会公共的利益有时也成为刑罚法规所予以保护的主体。关于骚扰罪、危害交通罪、伪造文件罪、伪造货币罪等的规定所予以保护的主体都已超出了国民个人的利益。于是,在制定旨在保护上述利益的刑罚法规时,就得对国家或社会利益以及个人利益做出比较衡量”。“社会法益能还原成保护国民的利益,只有它才应当受到刑罚法规的保护”<sup>③</sup> 国家保护国家利益、社会利益实质也是保护公民的利益。“保护个人的尊严被认为是社会政策的最高目标”。<sup>④</sup>

刑事政策对自由的保障,即国家在预防、控制犯罪时不得侵犯公民的自由。罗伯斯比尔认为“自由是人所固有的随意表现自己一切能力的权利,它以正义为准则,以他人的权利为限制,以自然为原则,以法律为保障”<sup>⑤</sup> 自由的保障,要求防止来自政府的专横强制,防止自由的保护者异化为自由的破坏者。刑事政策的保护自由与保障自由的功能是一致的,两者并不矛盾。但过去我们过分注重保护自由的功能而忽视或排斥保障自由的功能,这种价值偏一的刑事政策观也就失去了存在的根基。国家利益、社会利益被过分强调,个人利益被压抑、被轻视,甚至发展到个人的权利和利益失去保障,被肆意侵犯。

刑事政策在坚持保护自由和保障自由中,应体现现代刑事政策的精神,正确处理立法中犯罪化与非犯罪化的关系(实质是平衡和协调国家利益、社会利益和个人利益的关系,促进社会和个人的全面发展),司法中的刑罚化与非刑罚化的关系(实质是通过正当法律程序,保障犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼过程的诉讼权利,规范国家刑罚权的发动过程,防止公民的权利和自由在诉讼过程中被国家刑罚权侵害,同时从保护弱者和有利于教育的角度对犯罪人能采用其他的方法,就尽量不使

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),商务印书馆 1982 年版,第 154 页。

② 《马克思恩格斯全集》(第 1 卷),第 71、72 页。

③ [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,上海三联书店 1991 年版,第 41—50 页。

④ [法]罗伯斯比尔:《革命法制和审判》,商务印书馆 1979 年版,第 137 页。

⑤ [美]博登海默著,前引书,第 185 页。