

上海市教委重点学科项目

论国家刑权力

Lun Guojia Xingquanli



苏惠渔 孙万怀 ◎著

吏民知法令者，皆问法官。

故天下之吏民无不知法者。

民知民知法令也，故吏

以非法遇民，民不敢

以法以干法官也。遇民不

修法，则问法官，法官即

以法之罪告之，民即以法

官之言正告之吏。吏知其

此，故吏不敢以非法遇民，

民又不敢犯法。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

论国家刑权力

Lun Guojia Xingquanli

苏惠渔 孙万怀 ◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

论国家刑权力/苏惠渔,孙万怀著. —北京:北京大学出版社,
2006.11

ISBN 7-301-11236-X

I. 论… II. ①苏… ②孙… III. 刑罚-权力-研究 IV. D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第129622号

书 名: 论国家刑权力

著作责任者: 苏惠渔 孙万怀 著

责任编辑: 黄蔚 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-11236-X/D·1615

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经销者: 新华书店

880毫米×1230毫米 32开本 11.25印张 317千字

2006年11月第1版 2006年11月第1次印刷

定 价: 24.00元

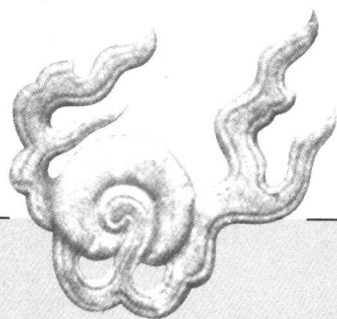
未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

责任编辑：黄蔚 王业龙

封面设计： 春天·书装工作室
tel:13051369823



吏民知法令者，皆问法官。故天下之吏民无不知法者。吏明知民知法令也，故吏不敢以非法遇民，民不敢犯法以干法官也。遇民不修法，则问法官，法官即以法之罪告之，民即以法官之言正告之吏。吏知其如此，故吏不敢以非法遇民，民又不敢犯法。

——《育君出、宪定分第二十六》

摘自张党译注：《育君书全译》，
贵州人民出版社 1990 年版，第 265 页。

自序

自从国家和法产生以来,权力现象,权力与国家、法之间的关系便成为理论所关注的话题,其强大的诱惑力吸引着一代代的人通过行动去实践其内容,通过理论去揭示其实质。一方面,治理国家、促进社会的繁荣与进步、保障和尊重人权,离不开权力本身的运作和主导;另一方面,在人类历史长河中,个人权利受到歧视甚至遭到践踏、文明发展遭遇遏制乃至倒退的现象不乏其例,这些同样归因于权力的运作和主导。权力和国家、政治体制等因素多位一体,权力在向善的同时,也在为恶。权力正如希腊神话中的描述一样,具有两副面孔,有时和蔼可亲,充满着仁慈和友善;有时面目狰狞,流露出冷酷和残忍。也正是因为如此,掀开其神秘而朦胧的面纱,便成为既富有魅力又具有创造性的课题。如何对其循循善诱,如何使其循规蹈矩,便成为社会科学研究矢志不渝的追求。刑事法作为法律部门的组成部分,具有非常独特的地位和作用,刑权力作为国家权力体系中一类权力,同样具有重要的作用和地位。简单而言,权力是以强制力为后盾的,而这种强制力在法制条件下又以刑权力最为激烈和沉重,刑权力往往被作为统治最有效的手段和屏障,监狱、法庭这些国家暴力机器,尽管在现代社会中被赋予了新的解释和认识,权力的本质并没有发生变更,由此决定了刑权力始终是倾向于超逾纯粹法权本身的一种权力。对于我国来说,在通往人类法治文明的路途中,在吸取法学的形式性成果时,必须注重对法治内在机理的分析。《论国家刑权力》一书正是抓住了内在机理和机制中最核心、最根本的要素——刑权力,以此为题,寻求在法治过程中全面、规范、合理运作刑权力的路径,对权力实现的基本规律进行多维度论证,也总结和阐明了我们长久以来思索的成果,使之成为一部具有开创性、现实性、学术性的著作。

首先,我们使用了一个政治学的国家学说与刑事法学说相结合的概念——刑权力,从权力的角度对刑事法治的有关问题进行了研究(或者也可以反过来说,从刑事法学的角度对权力的有关问题进行了研究),将横向的权力逻辑层面和纵向的权力发展层面相统一,形成了自身独特的视角和方法论。通过对权力的一般性与权力内容的特殊性的比较,揭示刑权力本身内在的功能,将刑权力从复杂的社会运作系统中剥离出来,切中刑事法治和权力体系的命脉。在论述过程中,又将刑权力置于更为广大和深远的背景之下,没有拘泥于教科书式的罗列和理论的周延性本身,刻意去建构一个全面而庞杂的体系,而是寻求结合具体,由点到面,想他人所未想,论他人所未论,通过实在的引证和独辟蹊径的分析,阐明自身的观点,力图避免行文的刻板和艰涩。

在本书中,我们始终坚持以下几个方面的特点:

1. 以马克思主义的法学观为基础。马克思主义思想博大精深,对于国家权力和国家刑事法律功能的认识十分深刻,但是长期以来学界对马克思主义存在着教条化的理解,仅仅满足于引经据典,而近期以来则更多关注西方的法学思想。我们认为,教条化的理解扼杀了理论的生命力,淡化的理解则忽视了理论的生命力,有必要对马克思主义的法与国家的理论进行动态的理解和发展。如马克思主义将犯罪界定为孤立的个人反对统治阶级的斗争,同时又将法典作为人民自由的圣经看待,这是十分深刻的。我们认为,马克思主义对于犯罪性质的界定是从国家权力的角度认识的必然结果,对于法典性质的界定是从契约角度认识的必然结果,法典实际上是一种人民和国家之间达成的协议,所以能够成为人民自由的圣经。法典形成之后,权力成为最具有合法性和主动性的力量,犯罪就随之具有了对抗权力的特性,成为个人与国家之间对抗的结果。这种观点或许具有争议性,但并不意味着我们不去坚持。

2. 蕴含着对于现实的关注。权力作为一种思辨性的现象和话题,往往是对现实的高度概括,由此对于权力的研究总是给人以晦涩和艰深的感觉。作者却以现实为经,历史为纬,通过对具体问题的说

明和分析,对刑权力现象进行了解剖和反思,尤为明显的是,无论是针对现实实践还是历史遗迹,具体事件还是理论学说,在行文中,都可以发掘出文章两个方面的特点——独立性和反思性。实际上这两者之间是互动的关系,独立性是前提,反思性是独立性的必然结果。无论是历史事件还是现实事件,在看法上都应该是仁者见仁、智者见智,但是长久以来的主流教育模式使我们获益的同时也在一定程度上束缚了我们的思维,直接或间接地影响着我们对待事物的态度,主动或被动地延续着划一的思想成果。尽管我们试图摆脱这种窠臼,但是最终发现只是摆脱了用或器层面的东西,方法论或体的层面的东西如同思维惯性一样根深蒂固,难以触动。现在,我们正是在突破后一层面的方式上进行了努力地尝试。

3. 贯穿着浓郁的人本主义价值观。党的十六大报告提出了科学发展观,并首次明确提出以人为本的思想。从某种意义上说,这是哲学中的人本主义思想的体现,只不过以人为本是党的工作的出发点和归宿,是评判工作的依据和标准,人本主义则是社会文明的依据和标准。应该说二者都涉及了权力最敏感和最基本的部分。因为在谈到权力关系的时候,不可避免地面临着权力主体和权力客体的关系定位,而权力客体就是权力下的个人,以人为本、人本主义都是对于关系的一种观念界定。我国在近期的宪法修正案中,明确增加了国家尊重保障人权的内容,这是对个人权利的宪法肯定和崇尚,更是对权力运作的一项必要规范,是人本主义思想的现实化。本书作者正是看到二者之间相辅相成的关系,因此在谈及刑权力的时候,十分注意将权力的阐释与人权、公民权利、人道主义的内容相对应起来。

4. 将权力和契约精神合理调和。无论是对权力追根溯源还是对权力架构进行解析,无论是论及权力与权利、权力之间的关系还是权力、权利与刑事法治的关系,细读本书都可以体会到作者对于契约假设的推崇。从霍布斯、卢梭到洛克、孟德斯鸠,社会契约论逐步成为近代人类社会文明发展的支撑,成为人类文明成果的政治法律遗产,成为近代西方国家体制法治化的源流。但是在较长一段时期内,由于种种客观因素,我国理论中对于契约论的内在价值没有科学辩

证的认识,甚至将其作为资产阶级唯心主义的政治学说全然否定(或许从过去的历史现实来说可以理解)。由于一元化在社会科学领域的地位以及对于一元化的僵化理解,理论中总是不断重复着泼洗澡水的时候将婴儿一起泼掉的事情。对于契约论的认识也同样有这样一种倾向。在反思历史的时候也存在着对于反思本身的反思要求。我们认为,作为社会契约论的国家学说和马克思主义的国家学说具有形式上的对立性,但并非不可调和。实际上马克思主义的国家学说更接近于对历史本质的考察和揭示,而契约论的目的和意图则致力于作为政治和国家理论的基础,更接近于一种假说而不是历史,其理论目标直指对于神权和特权的冲击。两种学说并非水火不相容,“从身份到契约”就是一种得到整体认可的结论,因此,应汲取契约论的合理成分,古为今用,洋为中用,

总的来说,权力现象是一个颇有难度又具有理论魅力的课题,也是我国在寻求政治文明发展过程中必须正视的问题。本书作者对于这一涵盖古今中外、涉猎多科理论的问题,结合哲学、政治学、社会学和历史学的研究成果和方法,以法学为柱石,究人本之际,研古今之变,成一家之言。正如我们独立提出的本书的基本概念——国家刑权力——一样,希望能够独辟视角,给读者带来启发和裨益,进一步思考刑权力现象。

目 录

第一章 国家刑权力的基本范畴	(1)
一、现代社会的权力构造与国家刑权力	(2)
二、国家刑权力运行规范机制	(14)
三、国家刑权力观念的发展及其对实定法的意义	(18)
四、国家刑权力的性质应立足于非人格化理解	(34)
第二章 刑法功能“背后的动机”	
——国家刑权力	(46)
一、功能贫困的认识论因素:刑法的实证性与 刑权力思辨性	(47)
二、刑法贫困的现实性因素:刑法的实定与 刑权力的文化继承	(50)
三、功能贫困内在因素:权力与权利的对话	(53)
四、刑法贫困的历史性因素:权力评价的多元化	(59)
五、权力功能位移的理论价值:犯罪概念与刑罚 目的的重新界定	(66)
六、刑法作为部门法存在的贫困因素:刑权力范围 的限定	(71)
七、从刑权力的规范化看转型时期的刑法功能要求	(78)
八、刑权力必须被限定——惩治腐败的阶段性反思	(87)
第三章 国家刑权力的良性基础和生命力在于被制衡	(98)
一、以社会制约国家刑权力	(99)
二、以体制制衡国家刑权力	(106)
三、刑权力的分解是国家刑权力制衡的基础	(108)
四、公民社会的安全保障是刑权力制衡的目的	(112)

2 论国家刑权力

第四章 国家刑权力、秩序伦理与权利保障	(115)
一、国家刑权力与秩序伦理	(115)
二、底线伦理与社会危害性的实质	(131)
三、国家刑权力与权利的关系	(138)
第五章 国家刑权力与国家刑事主权、国际人权	(145)
一、国家意义上的主权范畴与国家刑权力的属性	(148)
二、教会法孕育的国家刑权力的规则	(158)
三、国家刑权力的绝对性原因及其限制性依据	(162)
四、普遍性刑事规则的可存性基础	(182)
五、国际刑事规则的普遍性与刑事主权的关系	(187)
六、国家刑事主权与普遍性刑事规则的法理化说明	(194)
七、国际人权的约法化与刑权力的相对化现实	(201)
第六章 把握刑事司法权力的要旨	
——刑事司法过程中的平衡机制	(223)
一、刑事司法权力与法律的空缺结构	(223)
二、刑事司法权力与程序正义	(228)
三、刑事司法权力的制衡机制之一：权力客体的 主体化与国家刑事司法权的平衡	(240)
四、刑事司法权力制衡机制之二：从控审主体权力 职能分离看司法权的性质	(259)
五、刑事司法权力制衡机制之三：控辩主体职能 平衡与刑权力的相对化	(279)
第七章 国家刑权力与行刑一体化、文明化	(305)
一、行刑的权力性质及行刑失措的法源	(306)
二、权力功能混同导致的行刑失措	(311)
三、行刑一体化的实质与行刑失措的解决	(319)
四、刑事一体化蕴含的实质是权力行使的文明化	(325)
结语	(352)

第一章 国家刑权力的基本范畴

福柯在其《规训与惩罚》一书中将本瑟姆的著作《圆形监狱》称为“人类心灵史的重大事件”、“政治秩序中的哥伦布之蛋”，并进而将其引入对权力的分析。近代社会之后，“权力的眼睛”替代了权力本身，在国家刑权力的运行过程中更是如此。国家刑权力必须支付一定的对价才能够得到体现和运作，于是便存在着对最小代价的追求。首先便是政治的代价。如果国家刑权力过于扩张，就有可能导致社会对立激化；如果权力干预太宽疏，种种抵制和违抗就会见缝插针地通过权力实施达到自身的目的，最终会付出政治上的巨大代价。这就是福柯认为的君主政治运作的状况（当然这里的君主政治不是仅仅针对政治体制而言的）。在一个并非“圆形监狱”的社会，缺少“权力的眼睛”，犯罪只是浮出的冰山的一角，大量的犯罪游离在刑权力的受动方以外，必然导致权力追求刑罚的强烈性，以达到一种以儆效尤的效果，这实际上是将大量的犯罪后果转嫁到个别的权力受动方的身上。依据福柯的观点，为了能够做到法网恢恢，疏而不漏，暴力形式的权力恰恰由此产生。18世纪以来，人文主义已经对这种暴力化的权力进行了全面的驳斥，因为与最终的效果相比这种权力所付出的代价实在太太大。付出巨大代价最终无非是树立一种榜样，榜样可以通过权力轻易地树立，但榜样的作用收效甚微，于是便需要不断地树立榜样，结果是不断地增加暴力，同时也不断地增加反抗。在现代社会中，权力更多地表现为“权力的眼睛”——注视和深入人心。也就是说增加暴力的强度不是解决问题的途径，只要有注视的目光就行了。在权力的眼皮下，每一个主动者和受动方都成为自己的监禁者。这是本书对于福柯思想在国家刑权力中的一种演绎，也是本书的基本线索。

一、现代社会的权力构造与国家刑权力

权力构造是指权力的表现形态。从一般意义上说,权力存在的社会领域是十分广泛的,只要存在不平等地位的社会情境,就存在权力这种社会现象。现代社会的权力结构已发生了新的变化,对权力的研究也日益深入,并且突破了旧有权力观念的束缚,从国家权力、社会权力、文化权力各方面全方位审视权力现象。20世纪70年代以来,福柯、利奥塔等后现代学者反复论析信息社会的“知识考古学”,使得“文化权力”得以进一步传播。刑权力首先是一种国家权力,一种公共权力,但是同时也带有普适的社会性和文化性。

就性质而言,包括刑权力在内的国家权力是一种政治权力,是伴随着人类阶级社会的产生而普遍存在、并对人类生产和生活有着重要影响的一种社会现象。根据我们对一般性权力的界定,国家权力乃是国家凭借其所能控制和支配的公共资源和价值,单方面确认和改变社会关系,控制和支配公民、法人或者其他社会组织的财产或人身的能量和能力。

在现代法律的权力话语中,一般均认为一切权力属于人民,这是以社会契约论的假说作为前提的。贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中指出:^①

我们向人的心灵作了调查,在那里发现了君主惩罚犯罪的真正权利的基本起点。没有一个人愿意为了公共利益将自己的那份自由毫无代价地捐赠出来,这只是浪漫的空想。……无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量的自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权,而不是公正,是杜撰而不是权利。如果刑罚超过了保护积存的公共利益这一需要,它本质上

^① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1995年版,第8—9页。

就是不公正的。刑罚越公正,君主为臣民所保留的安全就越神圣不可侵犯,留给臣民的自由就越多。

贝卡利亚对于刑权力的论述带有强烈的社会契约论和功利主义的痕迹,却对国家刑权力的起源进行了逻辑的说明,结论是作为一种契约性的权力,刑权力来自于民众,国家必须在民众让渡的范围之内行使,刑权力必须尽可能地减少或慎重应用。即使脱离了社会契约论,至少也可以从以下角度说明国家权力的来源和归属:

国家是后起的,是一定区域内若干个人的集合,国家所控制的资源归根结底是人民群众创造的,离开了人们的社会存在、社会活动、社会关系以及人们所创造的公共资源,就不可能有国家。因而一切国家权力都属于人民。

第一,国家是后起的,是一定区域内若干个人的集合,国家所控制的资源归根结底是人民群众创造的,离开了人们的社会存在、社会活动、社会关系以及人们所创造的公共资源,就不可能有国家。因而一切国家权力都属于人民。在这里,“人民”既是一个整体性概念,又是一个集合性概念。第二,国家权力不是凭空产生的,它是以个人权利为中介对社会经济关系的集中反映。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中指出:^①

根据唯物主义观点,历史中的决定性因素,归根结蒂是直接生活的生产和再生产。但是,生产本身又有两种。一方面是生活资料即食物、衣服、住房以及为此所必需的工具有的生产;另一方面是人自身的生产,即种的蕃衍。一定历史时代和一定地区内的人们生活于其下的社会制度,受着两种生产的制约:一方面受劳动的发展阶段的制约,另一方面受家庭的发展阶段的制约。

经济活动是人类发展的基础,但是经济活动不是脱离于人之外的。经济关系的人格化就是人们的需要和利益,需要和利益的意志化就是权利(首先是应有权利),权利要得到确认和保障就要靠权威

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第2页。

和强制力,这种权威和强制力的最高形态就是国家权力。也就是说,人们在社会分工与合作过程中需要安全、秩序与效率,因而通过明示与默认等方式转让一部分自身权利,才凝聚成了国家权力,产生了执行国家权力的国家机构。第三,国家权力的来源和依托有两个:直接的来源和依托是对公共资源的控制;根本的来源和依托则是人民以明示(如公开选举等)或默示的方式授权或委托。即使是凭借武力强行获取的权力,也必须以一定的方式和途径获得大众的认同,否则就不可能成为真正的权力,这就是权力的合法化问题,刑权力的这一特点尤为明显。

对于权力的归纳大致有以下三种观点:

将权力归结为一种能力。英文中的权力(power)一词来自法语 *pouvoir*,后者又源自拉丁文 *potestas* 或 *potentia*,意指“能力”。在拉丁文中,这两个词的词根 *potere* 是能够的意思。这意味着权力是与做一件事的能力联系在一起的,具有对一定事物或一定行为的支配性。结构功能主义认为,权力是系统中的一个单位在其他单位的对立面实现其目的的能力,是用于实现集体目标利益的社会系统的一般化能力,是为了实现系统目标的利益,使资源流通的一般能力。罗杰·科特威尔认为:“权力可被看成一种不顾阻力而实现人们意志的可能性,或者说是一种对别人行为产生预期影响的能力。”^①

权力表现为一种意志的强制。马克斯·韦伯认为,“权力”是指处于社会关系中的行动者排除抗拒其意志的可能性,即一个人即使在被别人反对的情况下仍然具有的以其意志左右他人行为的能力。^② 美国学者彼德·布劳则指出了在权力概念中所包含的三种更为深刻的意义:(1) 权力的概念用来指一个人或群体反复地把他或它的意志强加于他人的能力,而不是指影响他们的一项决定的单个例子。(2) 用来对反抗进行威胁或惩罚,这种成分使它区别于直接

① [美]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第131页。

② 参见苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第189页。

肉体强迫的限制情况。(3) 权力被设想为固有的不对称的和依靠一个人从其他人那里截留报酬并对他们实施惩罚的基本能力——在考虑到他们能强加给他的限制之后依然存在的能力。^① 值得注意的是,持强制意志说的学者都将权力与直接的肉体强迫(如强盗手中的刀枪)区别开来。

将权力的行使视作一种关系的互动。权力是在权力主体和权力客体之间通过一种不平等的命令与服从的关系加以实现的。法国学者迪韦尔热和美国学者艾萨克的观点都属于这一类。

很显然,上述三类观点表面上各执一端,并分别抓住了权力的某些重要特质,实际上它们是从社会学和政治学的角度提出来的,算不上是严格意义的法学概念。就连洛克、孟德斯鸠等人的权力分工制衡理论,实际上也是从政治学而非法学的角度提出来的。真正具有法学意味的权力概念和权力理论极为罕见。《布莱克法律辞典》曾提出三种关于权力的法学定义:(1) 权力(power)是做某事的权利、职权、能力或权能(faculty),权力是授权人自己合法做某行为的职权(authority)。(2) 权力是在法律关系中一方以一定作为或不作为改变这种关系的能力。(3) 狭义的权力指为了自己利益或他人利益处理动产、不动产或赋予某人处理他人利益的自由或职权。^② 这些法学上的权力定义有不少合理之处,但最大的问题是将权力与权利混为一谈了。

权力是合法确认和改变人际关系或处理他人财产或人身的能力。这是国内学者提出的一个真正具有法律意味和法学意识的权力定义,是很值得法学研究者细细体味的。不过,该定义似有两点值得商榷:一是该定义并未将权力与权利完全区分开来。因为能够改变人际关系、处理他人财产或人身的能力并不都是权力,“权利”也可以如此。如民法上监护人的监护权就在一定程度上可以处置被监护

① 参见[美]彼德·布劳:《社会生活中的交换与权力》,孙非等译,华夏出版社1987年版,第137—138页。

② See Black's Law Dictionary, 1973, p. 1053.