

中青年法学文库

# 刑事政策的权力分析

曲新久 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

# 刑事政策的权力分析



中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事政策的权力分析/曲新久著. —北京:中国政法大学出版社, 2002. 9

ISBN 7-5620-2265-8

I. 刑… II. 曲… III. 刑事政策-研究  
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 073765 号

---

- 书 名 刑事政策的权力分析  
出 版 人 李传敢  
出版发行 中国政法大学出版社  
经 销 全国各地新华书店  
承 印 北京博诚印刷厂  
开 本 880 × 1230 1/32  
印 张 10.25  
字 数 245 千字  
版 本 2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷  
印 数 0 001—4 000  
书 号 ISBN 7-5620-2265-8/D·2225  
定 价 24.00 元
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088  
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803  
电子信箱 zif5620@263.net  
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>  
☆ ☆ ☆ ☆ ☆
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。  
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

# 中青年法学文库

## 总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

## II 总 序

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地

### 总 序 III

展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

## 前 言

时间无始无终、绵延不绝，但是，历史并不完全像时间那样连续不断，历史是后人的作品，因而总是可以被人为地割裂或者连接，历史是后人用绳子串起来的若干篇章，而串起无数竹板、纸张的那根绳子就是权力。中国乃至世界的刑事政策及其与法律的关系史告诉我们，必须从权力的角度分析、研究刑事政策和刑事法律问题。

我一直有点不谦虚地认为自己是一个谦虚而自信的人，但是，由于公共政策学本身是新兴的交叉学科，本书的分析与研究不得不同时在法学、社会学、政治学、哲学等领域的边缘展开，研究范围的宽广使我不免心虚于自己的知识准备。所幸的是，本书的任务并不是对已有的全部的法学、社会学、政治学以及公共政策学知识进行逻辑归纳和知识演绎，主要目的也不是要建立一个规范化、教条化的刑事政策一般理论体系，而是进行问题式研究，以政策学的研究成果作为知识背景，以权力作为分析的视角和工具，以我国已有的尽管薄弱但却重要的刑事政策实践经验和理论成果作为基本的实践素材和理论素养，对于刑事政策进行交叉研究，科际整合，得出刑事政策是权力支持下的公共政策这样一个基本命题，这为审视我国刑事政策的一般问题，以及为进

## 2 前 言

一步分析解决各种具体刑事政策问题提供了一个基本的分析思路与方法，因而也就有助于刑事政策一般理论框架的建立。

我国不少刑事法学者对于我国以往的刑事政策实践和刑事政策理论评价颇低而且话里话外多有贬低和挖苦。其实，刑事政策一般理论体系并没有什么高深莫测。我认为，建立刑事政策一般理论体系的首要任务是建立刑事政策学教科书体系。刑事政策一般理论不是用来直接解决所有的刑事政策问题的，目的只是为刑事政策决策者、执行者、政策分析人员的训练提供一个一般性的理论体系，一个可以进行对话和沟通的知识平台，并不是所有的具体的刑事政策问题都可以从一般理论体系中直接找到答案。公共政策学告诉我们，在现代社会，一个受过公共政策一般理论教育和训练的人并不必然成为一个优秀的决策者和执行者，但是一个没有经过专门训练的人不可能适应未来的日益复杂化、技术化和专门化的公共政策实践。公共政策学一般理论给我们的启示是，公共政策学并不是而且也不可能将所有的公共政策问题纳入分析研究视野，但是，公共政策学的一般理论体系和一般知识内容，在公共政策决策、公共政策执行与学术研究之间架起桥梁。本书的任务虽不是为了建立完整的刑事政策学科体系，但是我相信，对于刑事政策的权力分析有助于刑事政策学科理论体系的建立。

本书对我国刑事政策进行了剥皮抽筋、敲骨吸髓式地分析与研究，剥去刑事政策的种种外衣、伪装，展现在我们面前的是赤裸裸的权力，本书意图给读者以有用的刑事政策知识和权力知识，这对于应对、解决犯罪问题是极其重要的。当然，仅仅对刑事政策进行权力分析并不能够解决所有的问题。近几年来，可能

是因为在主流媒体上较多地抛头露面，我经常接到素不相识的人寄来的求助信件和电话。有一天，一位不知名的农民打电话给我，讲述他们村子里的村干部将村集体的一大笔钱弄没了，村民们找了公安局、检察院但没有人管，问怎么办。我建议他们找党委、找纪委，电话那头说也找了但还是没有人管。我说，你们可以依法召开村民大会，罢免村长和村委会，之后聘请会计事务所对村财务进行审计，看看钱怎么没有了，为什么没有了。电话那头说他们不敢，因为镇政府和民政部门不允许。接下来的是沉默。为了了解实际，为了理论联系实际，我也办理了一些案件，走访过许许多多的地方和专业人士。无数的类似的事情见闻多了，常常使我感慨：民主、法治时常不能承受中国文化、政治之重。是迁就我们的文化、政治而放弃民主与法治的精神与原则，还是坚持以民主与法治引导文化、政治变革？我们的文化、政治传统之中有哪些资源可供挖掘？民主、法治怎样才能在中国生根发芽并茁壮成长？问题的根本解决，需要全社会的共同努力，需要大量的知识，更需要驾驭各类知识解决问题的大智慧。权力是国家—社会网络之纲，纲举目张，抓住权力，就如同抓住驾驭知识的缰绳。在我国，如果不分析政策问题，不研究与政策紧密联系的权力问题，不将法律与政策联系起来，并最终与权力联系起来考察，我们就不可能真正地解决中国民主与法治建设中所存在的一系列问题。

知识应当是有用的、有价值的，因而可以成为商品。所以，知识的发现与创造也是需要资金投入的，或者是学者发现问题寻找民间资金支持，或者是学者感兴趣于政府公布的科研课题而申请学术资助。本书完全没有收受任何资助，投入的只是我自己的

#### 4 前 言

时间与努力，这是简单而容易的，也是纯洁的。本书是在我同名博士论文的基础上修改而成的，本想通过论文答辩也就罢了。但是许多前辈、朋友鼓励我修改出版。2002年的暑期酷热难耐，实在干不了别的什么，我就将放了一年多的博士论文拿出来进行修改，成为本书。在这之前的一年多一点的时间里，我国又出版了近二十部公共政策学方面的译著、论著、教材，平均每个月就有一、两部著作出版，当然也有个别粗制滥造者，而且，公共政策学的研究视野开始扩展到刑事犯罪与审判领域，这为本书提供了更多的政策学一般知识，也加快了它的修改。现在，本书出版上市了，希望能有很好的销售业绩。本书对于那些犯有浩大罪行却能利用各种权力钻法律和政策空子和漏洞而成功逃脱刑罚惩罚的人来说，已无用处，他们是算计权力和假借权力的高手。本书对于那些受到犯罪行为侵害的善良的被害人以及无罪而陷于刑事诉讼的不幸的人，对于感兴趣于刑事法律和刑事政策的法学院学生和公共管理硕士研究生，对于律师、公安人员、检察官、法官等专业人士，对于刑事政策决策者及其参谋人员以及想从刑事法律之外看待犯罪与刑罚问题的学者，是有用处的，我特别希望能满足这些需求者，并期待得到批评、指正，推进我国刑事政策实践与理论的发展。

本书的写作，首先得益于我的导师何秉松先生的精心指导，论文写作过程中先生提出了一系列具有挑战性的问题，给了我很高的标准，也使我感到了很大的压力。我想，这次修改也未能尽数解决先生所提出的问题，而且可能产生了新的问题，这当然由我本人负责。中国政法大学魏克家教授、于齐生教授曾为硕士研究生开设过刑事政策学课程，他们为我提供了许多宝贵的建议和

资料，陈光中教授、樊崇义教授、王牧教授、马等民教授、薛瑞麟教授、卞建林教授、阮齐林教授、王平教授，北京大学的陈兴良教授、储槐植教授、张文教授、杨敦先教授，中国人民公安大学的李文燕教授、樊凤林教授，国家检察官学院江礼华教授，中国社科院法学所的欧阳涛研究员、刘仁文副研究员，提出了许多建设性的意见。我的硕士研究生黄赞旭、肖江峰在资料收集和文稿校对方面出力不少，并提出一些建议。还有许多前辈和朋友给予过我帮助和支持。借此机会，我向所有前辈和朋友，表示深深的谢意。

我还要感谢家人的支持，特别是，夫人宋珏工作十分繁忙，仍一如既往地支持和鼓励我，给了我很大的动力。

曲新久

2002年8月23日

# 目 录

|    |                        |
|----|------------------------|
| I  | 总 序                    |
| 1  | 前 言                    |
| 1  | 内 容 提 要                |
| 1  | 引 论                    |
| 1  | 1. 简 要 的 历 史 回 顾       |
| 9  | 2. 本 书 的 任 务           |
| 17 | 3. 分 析 工 具——权 力        |
| 27 | 4. 关 于 分 析 方 法 的 说 明   |
| 34 | <b>第一章 刑事政策概念的权力分析</b> |
| 34 | 5. 四分五裂、支离破碎的刑事政策概念    |
| 38 | 6. 语言分析与理论综合的困难        |
| 47 | 7. 政策科学基础上的权力分析        |
| 60 | 8. 以权力为线索的跨学科锁定        |
| 68 | 9. 刑事政策——作为权力知识的公共政策   |
| 79 | <b>第二章 刑事政策决策的权力分析</b> |
| 79 | 10. 中央刑事决策系统及其决策形式     |
| 83 | 11. 地方刑事决策系统及其决策形式     |

## 2 目 录

|     |                                   |
|-----|-----------------------------------|
| 88  | 12. 刑事决策的合法性                      |
| 95  | 13. 刑事决策的科学化与民主化                  |
| 111 | <b>第三章 刑事政策执行的权力分析</b>            |
| 111 | 14. 刑事政策执行系统与模式                   |
| 122 | 15. 党的领导权                         |
| 131 | 16. 权力机关的监督权                      |
| 135 | 17. 政府的行政权                        |
| 164 | 18. 人民检察院的地位与作用                   |
| 173 | 19. 人民法院的地位和作用                    |
| 184 | 20. 监狱权力的行政化与司法化                  |
| 193 | 21. 经济组织、社会组织的权力                  |
| 211 | 22. 公民个人的权力                       |
| 225 | <b>第四章 刑事政策法律化的权力分析</b>           |
| 225 | 23. 刑事政策法律化与权力的联系                 |
| 238 | 24. 政策与法律关系的传统表述及问题所在             |
| 245 | 25. 以死刑为标本的具体考察                   |
| 263 | 26. 以“严打”为标本的具体考察                 |
| 274 | <b>结 论</b>                        |
| 277 | <b>附录一：严厉打击刑事犯罪活动</b>             |
| 279 | <b>附录二：全国人大常委会关于加强社会治安综合治理的决定</b> |
| 282 | <b>附录三：“严打”整治政策决策</b>             |
| 289 | <b>主要参考文献</b>                     |

# 引 论

## 1. 简要的历史回顾

任何国家和社会都必须应对犯罪问题，因而应对犯罪的政策——刑事政策可以说很早就产生了。中国古代的“刑期于无刑”、“明德慎刑”、“德主刑辅”、“刑罚世轻世重”等格言都包含着一定的政策思想。但是，作为理性的实践和科学的渊源，刑事政策起源于西方近代时的刑法合理化和人道主义理论与改革实践。

近代时，西方国家的刑事政策主要是作为刑法的指导观念、思想而存在，并促使刑事法律和司法制度的理性变革。“从贝卡里亚时代起，刑法通过反对中世纪专断和残酷的刑罚得到了发展，刑罚逐渐减弱了。与此相似，从逐渐加强保证个人免受社会统治的制度的意义上讲，19世纪的法定刑事诉讼程序一直而且现在仍然是反对中世纪滥用审判制度的产物。”〔1〕在启蒙思想家自由、平等、博爱的强势文化思想背景下，当时刑事政策思想的主要内容是，基于个人主义的立场，采取唯理性主义的研究和

---

〔1〕〔意〕恩里科·菲利著，郭建安译：《犯罪社会学》，中国人民公安大学出版社1990年版，第102-103页。

## 2 刑事政策的权力分析

表述方法,主张罪刑法定反对罪刑擅断,主张罪刑相当和刑罚人道主义,反对残酷的、不人道的刑罚。刑事政策实践与这样的刑事政策观念密切相联并互动发展,刑事法律以罪刑法定、罪刑相当、刑罚人道主义、无罪推定、正当程序等原则为中心构筑起一个完整的抽象的理性体系,近代西方启蒙学者的刑事政策思想被规范化、条文化,我称之为“刑事政策的刑法化”。<sup>〔1〕</sup>中外理论界普遍认同,“刑事政策”一语为德国刑法学家费尔巴哈(Feuerbach)于1803年首先提出,并限于刑事立法政策的范围。自1803年费尔巴哈提出刑事政策概念后的相当长的时期内,刑事政策一词常被视为刑法理论与实践的同义词。<sup>〔2〕</sup>近代西方刑事政策始终在刑事法律的范围内展开,侧重于立法策略,并由此表现出一定的批判性而不同于规范刑法学,因而与近现代的刑事政策理论保持有一定的联系,并具有当代刑事政策学的基本特征。

刑法的近代化完成以后,西方社会面临着严重的犯罪问题。犯罪——特别是累犯、少年犯罪的激增,对于社会安全和古典学派的刑事政策观念构成前所未有的挑战。以意大利为例,“令人惊异的对比”出现在这个国家,一方面,古典犯罪学理论非常发达以至顶峰,而另一方面,犯罪行为不断增长从而存在着从未有过的数量极大的犯罪行为。<sup>〔3〕</sup>如何应对这一挑战?社会连带观念和实证研究方法被引入刑事政策领域。李斯特说,到19世纪

---

〔1〕 这里的“刑法化”是针对刑事法律的实体与程序两个方面而言的。当然,欧陆国家侧重于实体方面,英美国家侧重于程序方面。

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

〔3〕 [意]菲利著,郭建安译:《实证派犯罪学》,中国政法大学出版社1987年版,第3、6页。

的后 1/4 世纪, 刑事政策产生了, 并与社会政策同时发展。<sup>〔1〕</sup> 刑事政策遂进入近现代时期, 在这一时期, 刑事政策的领域大大拓宽, 应对犯罪的策略、措施不再局限于刑法的范围, 而是以刑法为中心扩展到整个社会政策领域 (广义的刑事政策), “最好的社会政策是最好的刑事政策” (李斯特语) 成为这一变化的最准确到位的表述。“刑法之刑事政策化”<sup>〔2〕</sup> 开始成为刑事法学的重要特征, 刑法不再是过去古典学派所坚持的那种纯粹规范意义上的理性化的刑法, 越来越多的实证研究成果被纳入到刑法之中。越轨行为、保安处分、社会医疗措施等新范畴逐渐被纳入传统的以“犯罪”、“刑罚”和“罪刑关系”为中心的刑法体系中, 激进的学者甚至于主张干脆取消刑罚, 代之以社会防卫、治疗措施。刑事政策实践还表现为, 危险性概念、人格概念的采纳, 缓刑、假释的广泛使用, 累犯、惯犯、青少年犯等罪犯的特殊处遇以及刑罚个别化原则的确立, 等等。这一时期的刑事政策理论和实践与实证主义的兴起密切相关, 人类学派、社会学派在意大利、德国、法国等欧陆国家兴起表明, 刑事政策理论不再是一种唯理主义的思辨而是披上了科学的外衣并越来越多地吸收了实证科学的研究成果, 因而, 科学性成为这一时期刑事政策的突出特征。

第二次世界大战以后, 西方各国刑事政策发生了巨大而深刻的变化, 这些变化有些是一致的, 有些则是相互矛盾甚至于相互对立的。所以, 要总结当代西方各国刑事政策发生了哪些共同的主要变化, 是相当困难的, 因为各国的刑事政策实践各显其态、

---

〔1〕〔德〕李斯特著, 徐久生译:《德国刑法教科书》, 法律出版社 2000 年版, 第 13 页。人们普遍认为, 现代刑事政策理论诞生 19 世纪最后 10 年或者再早一些的时间。

〔2〕林纪东:《刑事政策学》, 正中书局 1969 年第 4 版, 第 1 页。

#### 4 刑事政策的权力分析

差异巨大。但是，尽管十分困难，我们还是可以进行大致的描述，这些变化主要包括：（1）犯罪原因更加受到重视，而犯罪原因的研究并不是抽象的研究，更不是贴标签式的意识形态化地——象古典学派那样或者象前苏联等社会主义国家学者那样，而是实证主义地研究。实证犯罪学的兴起，为刑事政策实践和刑法改革提供了越来越多的营养。结果，刑事政策的科学性特征得以保留并继续深化。（2）刑法的刑事政策化得以继续发展，并且，刑罚总体上趋于缓和，同时出现了“轻轻重重”的战略调整。历史地看，刑罚是逐渐缓和、柔和的，而在当代西方国家发展得尤为迅速、显著，刑罚在总体上迅速趋缓，死刑的控制以至废除以及轻刑化和非刑罚化的发展，是最为突出的表现。西方近代刑事政策十分重视并强调罪刑相当原则，近现代时这一政策和原则受到质疑和挑战，但是当代刑事政策实践在基本坚持了这一原则的基础上进行了新的战略调整，这就是所谓“轻轻重重”的策略。“轻轻重重”是刑事政策的两极化发展方向。<sup>〔1〕</sup>“轻轻”是指对轻微犯罪特别是人身危险性小的罪犯诸如过失犯、偶犯、初犯等实行轻刑化和非刑罚化政策；“重重”是指对于重罪以及危险性大的罪犯更多地适用更长的监禁刑。<sup>〔2〕</sup>（3）人道主义和人权以及与之紧密相联的法治原则在刑事政策中受到空前的重视和强调。一方面是各国国内法对于人权保护的强调，二是国际法对于人权保护的重视。表现在理论上，近代古典学派所主张的人道主义在更为广泛的范围内受到重视，人道主义成为刑事政策实践和

---

〔1〕〔日〕森下忠著，白绿铨、吴平等译：《犯罪者处遇》，中国纺织出版社1994年版，第4页。

〔2〕杨春洗主编：《刑事政策论》，北京大学出版社1994年版，第397页以下。