

# 论刑事司法政策的批判特性

周建军

(昆明理工大学 法学院, 云南 昆明 650500)

**摘要:**刑事司法政策的批判性源自公共政策批判理论。不管是作为一种公共精神还是作为一种方法论,公共政策批判都为公共理性在公共福利的追求中保留了相当的地位。根据公共政策批判理论,刑事司法政策批判,不仅主张多元的刑事司法利益,而且将多元、普遍的刑事司法批判作为刑事司法民主、进步的标志。因此,现在的刑事司法政策研究(包括宽严相济的刑事政策),仍然存在突出的批判不足问题。尤其是风起云涌的群众司法批判经常越界,这应当受到法律知识和法治原则的严格规制。

**关键词:**刑事司法政策;批判理性;公共政策;刑事法治

中图分类号:D924.11

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2013)05-0052-06

刑事司法政策的批判性源自公共政策批判理论。一方面,作为一种方法论,公共政策批判在哈贝马斯的“批判理论”、卡尔·波普尔的“批判理性主义”和马克思对资本主义的批判中得到了广泛的应用;另一方面,作为一种精神,公共政策批判始终为公共理性的福利追求保留了相当的地位。刑事政策,不管是作为批判刑法学还是作为批判犯罪学,从新旧派的论辩到社会防卫主义的构建,都具有突出的批判理性和特性。作为刑事政策的一个分支,刑事司法政策具有突出的实践导向,较之刑事政策的一般理论具有更为突出的批判特性。

## 一、公共政策的批判理性

现行公共政策的哲学基础是实证主义和功利主义,实证主义和功利主义的根本所在就是利益衡量。有论者指出,旨在指导公共生活的功利主义,具有三大要件:“后果主义”“福利主义”和“总和排序”。<sup>[1]</sup>所谓后果主义,是指公共选择的评判要以后果为依据。后果主义的优点在于可以避免不计成本的公共决策。福利主义,主张以效用为基础进行事物的价值评价。效用评价与总和排序,还具有相当大的连续性:功利主义认定,任何政策选择都必须按照它所产生的结果的效用来评价。然后,根据各个政策方案的总效用的大小,将它们进行“总和排序”。最后,将效用最大的方案作为最佳选择付诸实施。<sup>[2]</sup>美国学者 R. E. 古丁也在《功利主义作为公共哲学》中提出:“作为一种规范理论,功利主义能够成为公共事务的好的规范性指南,不以它成为个人最佳行动指南为条件。”<sup>[3]</sup>

但是,功利主义抑或实证主义的不足也非常明显,最大的问题就是在以人的尊重和善恶的区分为基础的伦理方面存在根本不足。正因为如此,公共政策批判论者认为,公共政策的利益选择带来了社会的冷漠和人情的丧失,公共政策的选择需要将批判理性的诉求作为实证主义和功利主义根本的补充。一方面,应该在公共利益层面增加伦理考量,使之成为公共政策的一个部分。解决诸如成本收益分析和价值

收稿日期:2013-09-30

基金项目:云南省教育厅科学研究基金重大项目“中国与东盟共同抗制毒品犯罪的政策研究”(V2010)

作者简介:周建军(1977-),男,湖南邵阳人,昆明理工大学法学院教授,法学博士,硕士生导师。

取向、犯罪控制与人权保障之类的矛盾,既不能搞绝对的功利主义,也不能搞绝对的价值主张,应该提倡相对主义的公共政策妥协。另一方面,公共政策的理性选择还会受到评估系统以及评估人的偏好影响,理性的实现总处在一个不完全的层面。对缺乏公共决策传统的政治系统来说,决策、评估主体的偏好对公共政策的影响更大,甚至还会产生政无定矩、人走茶凉的情形。

与不受约束的评估偏好相反,“价值无涉”“价值独立”抑或“价值中立”的主张也在公共政策领域产生了一定的影响。实际上,不仅绝对的价值无涉本身只是韦伯对实证主义和新康德主义哲学的曲解,同时也与相对主义的哲学观念格格不入。因此,合理的价值独立(抑或中立)主张往往也是相对的价值观念。以卢建平教授倡导的犯罪学价值中立问题为例,卢教授提出:“价值中立应体现在犯罪学的认识论上,而在实践论上应该坚持价值涉入,这是由犯罪学研究对象所决定的。价值中立并不等于无原则、无判断,比如我们不能鼓励学者们去进行犯罪实验或人体试验。电视屏幕上久演不衰的现代‘大案要案实录’等也只是虚拟的。犯罪学研究者不可能放弃自己的价值伦理判断,以一种‘无涉’、‘冷漠’的心态去观察、记录危害人类社会的犯罪,去跟踪或容忍林林总总的犯罪现象的发生。”<sup>[4]</sup>公共政策专家威廉·N·邓恩也提出,如果评估者将自以为是的价值中立标准等同于社会公认的价值观并应用于政策评估,即使评估广泛使用了诸如试验设计、数学统计、随机抽样、问卷调查和社会审计等数量化的评估方法,评估仍然是一种“伪评估”,其引导政策实践的能效将十分有限。<sup>[5]</sup>

自然科学的研究可以无涉价值,但社会科学的研究离不开价值的判断,政治问题尤其如此。剖析政治架构,代议制民主的弊端往往在于少数人的权利得不到充分保障,公共政策的精神未能得到较好的实现。因此,政治制度的文明、进步往往体现在少数人权利的保障上。从这个意义上讲,现代的政治文明不仅要求利益多元,而且主张价值容忍和批判;不仅韦伯所谓的“价值无涉”只能是一种过于绝对的“理想”,公共政策还需基于多元、自主理念,建立兼容并包的利益妥协、决策机制。说白了,批判就是利益共存和利益妥协,没有充分的批判,就没有充分的多元利益,不仅实证主义的极端倾向难以避免,公共政策的多元决策更是难以为继。

## 二、刑事政策的批判传统

刑事政策就是公共政策,公共政策的批评理性也适用于刑事政策的批评性问题。具体到当代中国的刑事政策理论和实践,存在两个突出的问题:一个是刑事政策的“贯彻、实施”,一个是刑事政治理论的异军突起。

为什么要将刑事政策的“贯彻、实施”作为一个问题看待,原因在于“谁贯彻(实施)谁的刑事政策”。问题的答案可以从两个方面进行分解:一方面,传统观点认为,国人应该不折不扣地执行执政党的政策抑或刑事政策,谁要是对于执政党政策的付诸实施说三道四,谁就有不服从领导的嫌疑。然而,执政党制定的政策不仅存在偏离民众意愿的可能性,而且要让所有民众都愿意“贯彻、执行”某个政策也不现实。可见,传统观点从来就是一种政治意愿。另一方面,也存在一种极为微妙的现象,宣传刑事政策的学者往往被冠以“顺民”抑或“政客”的名头。实际上,刑事政策至始至终都具有突出的批判特性,作为公共政策的一个分支,公共福利(具体表现为犯罪的抗制)才是刑事政策的目的。

为了提升公共福利,组织起协调、有效的抗制犯罪的社会反应体系,刑事政治理论的倡导者卢建平教授明确提出刑事政策具有突出的批判品性:刑事政策理论也要涉及诸如犯罪与刑罚等刑事科学的根本问题,但它并不拘泥于现行或过去的刑法条文,并不依循刑法限定的范围,而侧重从历史和现实的角度用哲学思辨的眼光去分析并批判刑法所规定的某些制度,探讨刑法改革的途径。从这一意义上说,刑事政策学可以说是“批判刑法学”。<sup>[6]</sup>当然,卢教授的“批判刑法学”主张绝不是说刑事政策的批判特性仅限于刑

法学批判。由于刑事政治理论本身也隶属于公共政策的范畴,因此“批判刑法学”的主张还只是刑事政策所承担的公共批判职能的部分体现。区别于工具抑或策略意义上的刑事政策主张,刑事政治理论不仅主张刑事政策的自在发展,而且将刑事政策批判作为区别于“贯彻、执行”论调的基本特征。概而言之,工具抑或策略意义上的刑事政策理论(即国内传统的刑事政策学说)认为执政党的刑事政策主张一定就能捕获民众的芳心,直接将“贯彻、执行”有关政策的任务下达给广大的人民群众。然而,这不仅悖于公共政策批判的传统,也不符合利益多元、民主决策的基本要求,更为刑事政策理论的科学化发展带来了桎梏。

从实践情形来看,新中国以来影响较大的刑事政策主要有镇压与宽大相结合的刑事政策、惩办与宽大相结合的刑事政策、宽严相济的刑事政策。最早提出的是镇压与宽大相结合的刑事政策。1940年12月,毛泽东同志在《论政策》中指出:“应坚决地镇压那些坚决的汉奸分子和坚决的反共分子,非此不足以保卫抗日的革命势力。但是决不可多杀人,决不可牵涉到任何无辜的分子。对于反动派中的动摇分子和胁从分子,应有宽大的处理。”<sup>[7]</sup>尽管这个政策后来还得到了一系列的发展,但是以镇压为前提的基本刑事政策,不仅充满了一边倒的政治斗争色彩,也很难适应社会主义建设的需要。1956年9月召开的中共第八次全国代表大会指出:“社会主义制度已经建立起来了,……在这种已经变化的形势下,还言必称‘镇压’已明显不合时宜,必须重新制定适合形势发展的新的刑事政策。其次,从两者的适用范围来说,镇压与宽大相结合的政策主要适用于反革命敌对分子,而惩办与宽大相结合的政策则适用于所有犯罪分子,包括反革命犯罪分子。”很显然,惩办与宽大相结合的刑事政策作为一种扬弃,就是在批判镇压与宽大相结合的刑事政策的基础上发展起来的。<sup>[8]</sup>类似的情况,也存在于宽严相济刑事政策对惩办与宽大相结合的刑事政策的取代中。

刑事司法政策的批判传统,也存在于专门的刑事司法政策之中,最典型的莫过于严打政策的批判发展。严打刑事政策,经历了“从重从快”到“依法从重从快”等主要阶段。“从重从快打击违法犯罪分子”是为了贯彻国家领导人“打击违法犯罪分子,绝不手软”的讲话而提出来的。实施中发现,“从重从快”打击违法犯罪行为本身的违法性也很突出,并遭到了学者们的批判。于是,“从重从快”的严打政策被调整为“依法从重从快”的严打政策。即便如此,学界始终没有停止对严打政策的合法性进行批判。1995年,周良沅教授在严打运动还在如火如荼地进行的时候就撰文指出:“80年代前期(笔者注:指20世纪80年代),面对越来越严重的犯罪形势,我国警方遵照全国人大常委会决定,开展了声势浩大的‘严打’斗争,在一个时期有效地抑制了犯罪上升的势头。但是自1988年起,我国又出现了犯罪持续上升,治安严峻的局面。……100个小偷,抓住90多个,各处以较轻的刑罚;与100个小偷,抓住几个,但都处以死刑。二者相比,对罪犯更具有威慑力的是前者而非后者。”<sup>[9]</sup>笔者认为,严打政策一开始就存在严重违背犯罪规律的地方,加上执行中的偏差,且不说杀人过多的问题,即便法律虚无主义、重刑主义的不良影响也需要几代人去消除。所幸的是,至始至终有一大批学者坚持法治原则,坚持社会治理,坚持及时查处犯罪而不是一味地强调打击的严厉程度。回头看,严打政策的30年,既没有取得犯罪态势的根本好转,也始终非议不断。可见,刑事政策批判的传统不仅有利于刑事司法政策的自身发展,于国于民也极为重要。

### 三、刑事司法政策批判的系统

系统理论最早应用于生物学领域,国内在20世纪80年代才初步讨论到系统理论问题。一般认为,系统也称体系,即按一定关系组成的同类事物。根据系统理论的研究,政策系统可以分为两类,即静态的政策系统和动态的政策系统。根据政治学家伊斯顿和阿尔蒙德的论述,静态的政策系统主要包括目标、主体、客体、措施(手段)和环境等要素。动态的政策系统则不仅研究政策系统的结构问题,还研究政策系统的动态存在,强调政策系统的决策、执行、评估、调整、演化和信息控制问题。以结构主义政策系统理论

为例,政策系统可以划分为政策系统信息输入、政策控制系统和政策系统信息输出的动态系统结构模式。这些结构的划分和模式控制理论为我们研究政策系统的动态结构,甚至为我们理解刑事政策系统的动态功能提供了指导性的观念。<sup>[10]</sup>刑事司法政策系统,作为刑事政策系统的一个分支,本身还隶属于公共政策系统的范畴。一方面,作为刑事政策的一个分支,刑事司法政策也是一个公共政策。公共政策的批判理性和刑事政策的批判传统相当于刑事司法政策的批判基因,刑事司法政策也应该具有最起码的批判品性。另一方面,刑事司法政策批判也不是一个孤立的问题,和刑事政治理论一样,刑事司法政策批判也应该在系统理论的视野下构建自身的架构,在犯罪问题的整体抗制中发挥尽可能大的作用。

首先,刑事司法政策批判的目的在于犯罪的司法抗制,具体说来就是要组织起协调、有效的抗制犯罪的刑事司法反应体系。有别于公共政策批判,公共政策批判的目的在于公共福利的追求;有别于刑事政策批判,刑事政策不仅需要剖析刑事司法理论和实践的弊端,还需要剖析刑事立法层面的种种问题,提出利益主张,其作用范围远大于刑事司法政策。但是,犯罪的司法控制并不是说仅从司法的层面控制犯罪问题,而是指司法权力的运行要以犯罪的控制为目的,具体的控制方式必然涉及司法以外的各类社会力量。

其次,刑事司法政策批判的主体具有突出的多元性,不仅包括对有关刑事司法政策持不同意见的各类社会力量,也包括有关刑事司法政策的决策、执行主体。一般说来,异议人士抑或其他社会力量更专注于有关政策的负面因素,往往能够成为刑事司法政策批判的主要力量。然而,刑事司法政策的决策、执行主体也是重要的批判力量。尤其对我们的执政党来说,具有开展“批评与自我批评”的优良传统,批判自己制定、出台的刑事司法政策,既有利于刑事司法政策的完善,也有利于执政能力的提高,自然也是刑事司法政策批判的主体之一。

再次,刑事司法政策批判的主要对象是刑事司法权力。尽管刑事司法政策原本只是各类社会力量的刑事司法利益主张,但是刑事司法政策的执行,最终还有赖于刑事司法权力的运作。与此同时,刑事司法权力还是刑事司法政策的核心内容,不仅抗制犯罪的刑事司法反应要以刑事司法权力作为保障,刑事司法权力也是威胁刑事公共福利的重要因素。概而言之,尽管刑事司法政策批判的内容涉及抗制犯罪的刑事司法反应的方方面面,但是刑事司法权力才是刑事司法政策批判的重点所在。

最后,刑事司法政策批判的主要内容是刑事司法权力的控制。刑事司法政策批判,说到底就是刑事司法政治批判,具有政治批判的基本特征。一般认为,政治批判就是对国家和法的批判。马克思也论述过政治批判问题:“人的自我异化的神圣形象被揭穿以后,揭露具有非神圣形象自我异化,就成了为历史服务的哲学的迫切任务。于是,对天国的批判变成对尘世的批判,对宗教的批判变成对法的批判,对神学的批判变成对政治的批判。”<sup>[11]</sup>作为马克思主义三大批判(宗教批判、政治批判和经济批判)之一的政治批判,其作用对象——“国家和法”的实质就是国家权力,这和政治以国家权力为核心的观点也是相互印证的。具体到刑事司法政治问题,刑事司法权力自然就是刑事司法政治批判的主要对象。众所周知,刑事司法权力既是抗制犯罪的主要力量,也是人权保障的主要威胁之一。结合政治批判的逻辑和经验,刑事司法权力的控制才是刑事司法政策批判的主要内容。

#### 四、刑事司法政策批判的完善

现在的刑事司法政策研究,存在突出的批判不足问题。以宽严相济刑事政策为例,自该政策提出以来,上上下下一片叫好。不是我们“偏要把一个好的东西说成坏的”,而是任何事物都存在两面性,具有深厚的辩证法思想的宽严相济刑事政策也不例外,一边倒肯定不够科学。然而,笔者在中国期刊网上进行“宽严相济”的篇名搜索,截至2009年3月6日共有文章507篇,仅有两篇文章对宽严相济刑事政策明确

提出了质疑,刑事司法政策批判的不足问题可见一斑。刑事司法政策批判的完善可以从以下四个方面进行。

首先,刑事司法政策是各类社会力量的刑事司法利益主张,执政党的刑事司法政策主张只是其中的一种,应该尽可能地折中其他社会力量的刑事司法利益需求。因此,当执政党提出一个刑事司法政策的时候,我们应当考虑到这个刑事司法政策可能还有相当多的刑事司法利益主张尚未被纳入其考量范围。在学习、贯彻某一个刑事司法政策的时候,总要为其他可能的刑事司法利益主张留有余地,既不能搞一言堂,也不能搞一刀切。

其次,应该宽容对待其他刑事司法利益批判。由于刑事司法利益主张具有多元性,每个人都有自己的刑事司法利益主张,绝对统一的刑事司法政策是不存在的。从这个意义上讲,一个社会存在其他刑事司法利益主张是刑事司法民主、进步的标志。甚至可以说,没有批判就难有进步,这里可以套用毛泽东的一句话“让人讲话,天塌不下来,自己也不会垮台。”

最后,刑事司法政策批判应该坚守刑事法治的基本立场。近些年,不仅刑事司法改革风起云涌,群众司法运动也日趋高涨。前者,以刑事和解制度的推行为例。大有任何问题都能和解的趋势。群众司法运动也是如此,最近三十多年的司法改革确实存在背离群众,群众极不满意的问题。司法是一种职业活动,需要突出的专业精神,加强群众监督是必要的,力争让群众满意也是必要的,但司法走向田间地头,甚至于搞群众审判就过了头。尤其后者,放大了群众批判刑事司法的功能,不仅扰乱了正当的刑事司法秩序,也不符合刑事司法政策批判的相对理性要求,值得提防。以邓玉娇案件的审判为例,在现有证据不足以证明邓贵大有对邓玉娇实施《刑法》第 20 条第 3 款的“严重危及人身安全的暴力犯罪”的前提下,邓玉娇故意伤害致人死亡的行为尽管具有一些从宽情节,构成故意伤害罪是可以接受的,但判决免于刑事处罚就有法外施恩的意味(与国内风起云涌的舆论支持是分不开的)。然而,如此宽大的判决作出以后,以网络民意为代表的群众批判仍然不依不饶,对依法作出判决的法院以及支持该判决的专家学者进行猛烈的抨击,相当一部分还构成了人身攻击。笔者认为,虽然多元、普遍的刑事司法批判是刑事司法政策批判的应有之义,但群众的刑事司法批判运动也应该受到法律的约束。就当今的情形而论,群众的刑事司法批判经常越界,对一个曾经饱受群众运动伤害的国度来说,也要对以“群众名义”开展的刑事司法批判保持警惕。

#### 参考文献:

- [1]阿马蒂亚·森.以自由看待发展[M].北京:中国人民大学出版社,2002:50.
- [2]李春成.批判与反驳——对功利主义作为公共政策指南的析论[J].行政学研究,2004(9):55.
- [3]GOODIN R E. Utilitarianism as a public philosophy[M]. Cambridge: Cambridge University Press,1995: 4.
- [4]卢建平.“价值中立”原则在犯罪学方法论中的意义及其限度[J].公安学刊,2003(4):15.
- [5]DUNN W N. Public policy analysis: an introduction[M]. William N. Dunn: Public Policy Analysis: An Introduction(2nd. ed), Englewood Cliffs, Upper Saddle River, New Jersey: Prentice-Hall Inc,1994:343-345.
- [6]卢建平.刑事政策的基本问题[J].法学,2004(2):104.
- [7]毛泽东选集:第2卷[M].北京:人民出版社,1991:767.
- [8]高铭喧.宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用[J].法学杂志,2007(1):2.
- [9]周良沅.严密刑事法网惩治犯罪——换一个思路看“严打”[J].公安研究,1995(2):37.
- [10]卢建平,周建军.政治系统理论视野的刑事政策科学[J].河南政法管理干部学院学报,2009(1):21.
- [11]马克思恩格斯选集:第1卷[M].北京:人民出版社,1995:2.

## The Criticism of Criminal Justice Policy

ZHOU Jianjun

(Law School, Kunming University of Science and Technology, Kunming 650224, China)

**Abstract:** The criticism of criminal justice policy comes from the critical theory of public policy. Whether as a public spirit or a kind of methodology, criticism of public policy has always had a place for public rationality in public welfare pursuit. According to the theory of public policy criticism, the criticism of criminal justice policy not only proposes multiple judicial interests, but also improves multiple and universal critical justice policy as a mark of democracy and progress of criminal justice. However, the study of criminal justice policy (including the criminal policy of punishment with leniency) has its shortcomings in critical inadequacy. Obviously, the criticism of justice among the mass is often beyond the mark, which should be strictly regulated by legal knowledge and the principle of rule of law.

**Key words:** criminal justice policy; critical rationality; public policy; criminal policy

(责任编辑:董兴佩)

---

(上接第 51 页)

- [11]曲格平. 发展循环经济是 21 世纪的大趋势[J]. 机电产品开发与创新, 2001(1): 6-7.
- [12]孙佑海. 循环经济立法的基本问题[C]//冯之浚, 等. 循环经济立法研究——中国循环经济高端论坛. 北京: 人民出版社, 2006: 28.
- [13]赵景华. 德、日、美循环经济发展模式的比较与借鉴[C]//王雍君, 陈灵, 等. 循环经济论集. 北京: 经济科学出版社, 2006: 7.
- [14]冯之浚. 循环经济立法的法理研究[C]//冯之浚, 等. 循环经济立法研究——中国循环经济高端论坛. 北京: 人民出版社, 2006: 42.
- [15]FLEISCHMANN M, KRIKKE H R, et al. A characterization of logistics networks for product recovery [J]. Omega, 2000, 28(6): 653-666.
- [16]冯·哈耶克. 自由秩序原理[M]. 邓正来, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1997: 69.
- [17]李艳萍. 论延伸生产者责任制度[J]. 环境保护, 2005(7): 13.

## On the Extension of Producer Responsibility and Annotation of the Theory of Circular Economy

TANG Shaojun

(Law School, Chongqing University, Chongqing 400045, China)

**Abstract:** To the increasingly serious problem of waste products, the term “extended producer responsibility” was first used and defined by Lindhqvist of Lund University in 1988, stating that the producer should bear extended responsibility for the products’ impact on environment during their life cycle, which is the core idea of EPR system. EPR, following ecological laws, embodies the principle of Reducing, Reusing and Recycling (3R) and achieves the immediate goal for closed-loop feedback cycle of “resources—products—renewable resources”. Therefore, the theory of circular economy naturally becomes EPR’s theoretical basis which manifests the justness and reasonableness of the issue.

**Key words:** theory of circular economy; extended producer responsibility; extended producer responsibility system

(责任编辑:董兴佩)