

刑事法律论丛  
Series of Criminal Law



XIANZHENG WEIDU DE XINGFA XINSIKAO

刘树德 著

# 宪政维度的刑法新思考

# 宪政维度的刑法新思考

刘树德 著

XIANZHENG WEIDU DE XINGFA XINSIKAO



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

宪政维度的刑法新思考/刘树德著. —北京:北京大学出版社, 2005. 6  
(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-09017-X

I. 宪… II. 刘… III. 刑法-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 040322 号

**书 名: 宪政维度的刑法新思考**

著作责任者: 刘树德 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 7-301-09017-X/D·1177

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://cbs.pku.edu.cn>

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

电子信箱: [pl@pup.pku.edu.cn](mailto:pl@pup.pku.edu.cn)

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20.75 印张 351 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 31.00 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, 翻版必究**

## 自序

“新思考”具有多重的指向。一是原有内容的重新思考或者继续思考，例如，随着2004年3月14日通过的《宪法修正案》对非公有经济条款的进一步修改，即第21条规定：《宪法》第11条第2款“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”修改为“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理”。如何从刑法的层面贯彻“鼓励、支持和引导非公有制经济”，就可对“挪用公款罪合宪性”做进一步思考。二是立足于宪法文本的原有条文，就刑法问题做研究，例如，《宪法》第67条规定，全国人大常委会行使下列职权：……（三）解释法律；……。全国人大常委会先后作出了系列的刑事法律解释，例如，2000年《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》、2001年《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释》、2002年4月28日《关于刑法第二百九十四条第一款的解释》、《关于刑法第三百八十四条第一款的解释》、2002年8月29日《关于刑法第三百一十三条的解释》、2002年12月28日《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》（还包括全国人大常委会法制工作委员会《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》）。如何划分全国人大常委会的立法解释权力和最高司法机关的司法解释权力、如何确保立法机关对不同部门司法解释权的冲突的有效解决、如何确保司法解释权力不侵犯立法权，等等，均值得从宪政层面“公权力安排”的角度进行思考。三是上位宪法的修改引发的新思考。基于我国经济、政治、社会生活的不断变化，“要适应改革开放和社会主义现代化建设的发展要求，根据实践中取得的重要的新经验和新认识，及时依照法定程序对宪法的某些规定进行必要的

---

· 该序言系本人在被国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心聘任为客座研究员的仪式上所作的学术报告之主体部分。在此，特别感谢中国人民大学法学院高铭暄教授和赵秉志教授给予的厚爱与提携。

修正和补充”<sup>①</sup>，“求木之长者，必固其根本；欲流之远者，必浚其泉源”，因此，宪法与时俱进的修改较长时期内不可避免。1982年《宪法》已经先后进行了四次修改。特别是2004年的“小修改”（前3个宪法修正案共17条）内容也特别丰富（修宪坚持的一个重要原则：只在不修改就会妨碍改革发展的条款进行修改，可改可不改的不改，可以采取宪法解释的办法予以明确的不改）。这次宪法修正案的许多规定，例如第18条规定中“‘三个代表’重要思想的指引”、“推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展”，第22条规定“公民的合法的私有财产不受侵犯”，第24条规定“国家尊重和保障人权”等规定，均值得从刑法层面来探讨如何保证其实施与落实，势必引导我们重新审视或者研究若干刑法基本问题。

在此，我就以下几个问题谈些粗陋之见：

（一）刑事政策的思考。正如赵秉志教授在2004年4月1日《法制日报》的文章《深入领会修宪精神，推动刑事法治进步》中所言，“在刑事法治中贯彻‘三个代表’重要思想，首先就要对我国现行的刑事政策进行适度调整。即以是否能够体现先进社会生产力发展的要求，是否能够体现先进文化前进方向的需要，是否能够体现最广大人民根本利益的需要，作为制定刑事政策的主要标准。”在我看来，当下最值得思考的是“严打”刑事政策。第一次“严打”斗争始于1983年9月，结束于1987年1月。重要文件是六届全国人大常委会第二次会议通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》和《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》。第二次“严打”情况复杂些，1996年4月中共中央办公厅转发《中央政法委员会关于当前社会治安、社会稳定方面的突出问题和加强工作的意见》确定4月、5月、6月三个月开展“严打”斗争，1996年12月至1997年2月，又开展了“冬季整治”活动，期间还穿插了严厉打击走私犯罪的活动。第三次“严打”从2001年4月开始为期两年，现已结束。如何看待“严打”政策以及评估“严打”效果，在某种程度上可以说学界和实务界的评价是不一样的（当然是立足于总体而言的，就个人而言，司法人员和理论研究人员也可能持相同的看法）。对此，我认为值得研究的是：（1）按照马克思主义的观点，经济基础决定上层建筑，为何在我国经济制度发生了巨大变化之后，作为上层建筑中最重要组成部分的刑事政策（最重要的就是“严打”政策）仍原封不动，是因其属于原本有效的良策还是集体无意识使然？（2）

<sup>①</sup> 2002年12月4日胡锦涛总书记在首都各界纪念宪法公布实施20周年大会上的讲话。

三次“严打”的全面比较研究。“严打”既是历史,又是现实。从我本人在实践中了解的情况看,“书面文本”上的“严打”与实践运行中的“严打”并不完全吻合。

(二) 刑法机能的反思。按照日本刑法学家西原春夫的观点,刑罚的机能四种,即报复感情绥靖的机能、保安的机能、赎罪的机能以及预防的机能。刑法渴望有上述机能,还有一种独特的机能即规制机能。但是,适用刑法的国家一方与被适用的国民一方都期望其各自不同的机能。刑法为国家而行使的机能是制止犯罪的机能和维持秩序的机能,为国民而行使的机能是保护的机能和保障的机能。国家的最终目的本来是调整国民之间的利害得失和保障国民的利益,但是国家的利益并不时常与国民的利益相一致,而是间或存在矛盾与冲突。我认为,“国家尊重和保障人权”载入宪法,应当深入研究“国家主义刑法”与“民权主义刑法”、“政治刑法”与“市民刑法”、“权威刑法”与“自由刑法”的范畴关系,并以此为契机,重新审视刑法的相关问题,例如刑法的调控力度,刑罚的配置结构,等等。

(三) 罪刑平等原则的思考。1982年《宪法》第33条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”1997年修订的《刑法》第4条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”从字面来看,刑法强调的是“适用法律上一律平等”,但是目前存在问题的另一方面是刑事立法的不平等导致适用法律的不平等。例如,贪污罪与职务侵占罪、挪用公款罪与挪用资金罪的法定刑差距很大,而两者的行为方式基本相同(尽管利用的“职务便利”有别),之所以贪污罪、挪用公款罪配置更高的法定刑,立法意图无非是重点保护国有财产。《刑法》第185条第2款和第272条第2款采用法律拟制设立(非典型的)挪用公款罪(相对于《刑法》第384条的典型的挪用公款罪),导致纯粹因身份的不同而分别定不同的罪名(即具有国家工作人员身份的工作人员利用职务便利挪用单位资金的定挪用公款罪,不具有国家工作人员身份的工作人员利用职务便利挪用资金的定挪用资金罪),第183条第2款和第271条第2款规定的非典型贪污罪也存在类似的问题。这些规定既明显不符合《宪法》规定的“在法律面前一律平等”的原则,同时也不符合2004年《宪法修正案》的相关条款的精神,均值得从宪法的层面加以思考。举例来说,2004年《宪法修正案》第21条加强了对非公有制经济的保护力度,第22条加强对私有财产权的保护,就必然要求刑事立法和司法均加强对非公有制经济和私有财产权的保护。现行刑法中残余的具有计划经济色彩,不适应社会主义市场经

济发展需要的条款就应当修改、完善,不能再按所有制成分的不同或者公私财产之别来设计罪状和配置法定刑。

(四) 侵犯财产罪法益的思考。我国刑法理论一直没有争议地认为,财产罪所侵犯的客体是公私财产的所有权,即财产犯罪的法益是财产的所有权。旧刑法时代的教科书指出:侵犯财产罪“侵犯的客体,是我国刑法所保护的社会主义财产关系,其具体内容包括全民的和劳动群众集体所有的财产所有权,以及公民私人的合法财产所有权”<sup>①</sup>。1997年修订的《刑法》公布以来,刑法理论上关于财产犯罪法益的论述没有任何改变,仍指出:“侵犯财产罪侵犯的客体,主要是国家、集体和公民的财产所有权。”正如张明楷教授指出的,上述观点的产生或许是受到了前苏联刑法的影响。前苏联的刑法理论一直认为财产罪的法益是所有权。更为重要的是,我国长期实行计划经济,一方面个人所有的财产较少,另一方面所有权与占有权几乎不曾分离,财物的占有者往往就是财物的所有人,财物的所有人常常占有着财物,财产所有权的各种权能一般融为一体而并不分离,凭借所有权获取收益同占有、支配和处分财产的权力体现在同一个主体身上。在所有权极为明了、财产关系极为简单的情况下,财产所有权说得以盛行。<sup>②</sup>在我看来,任何学说的提出离不开当时的现实环境。更何况,1982年《宪法》(刑法的上位法)第13条规定:“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”;《民法通则》(刑法是保障法,第二次性法,而民法是一次性法)第5章“民事权利”第1节的标题就是“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”,第71条规定:“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利”。现在,随着二十多年的经济发展和人民生活水平的提高,公民拥有的私人财产普遍有了不同程度的增加,越来越多的公民有了私人的生产资料,广大群众对用法律保护自己的财产有了更加迫切的要求,于是2004年《宪法修正案》第22条作出了新的规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯”、“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”。“这次修宪从法律上进一步明确了私有财产的保护范围,用‘财产权’代替‘所有权’,为在市场经济条件下保护公民财产所

① 参见高铭喧主编:《刑法学》(修订本),法律出版社1984年版,第480页。

② 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第579页。

有权以外的其他物权、债权以及知识产权等方面的财产权,提供了宪法保障。”<sup>①</sup>为此,我们既应从刑事立法上完善相关的条款,例如《刑法》第2条规定的刑法任务之一“保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产”,第13条规定的犯罪危害表现之一“侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产”,《刑法》分则第5章侵犯财产罪中许多罪名罪状的设计应适当扩大犯罪对象,如借鉴我国台湾地区刑法将抢劫罪、抢夺罪、诈骗罪、敲诈勒索罪等的对象扩大为财产性利益,并且设置若干侵犯债权的罪名,如《泰国刑法典》、《澳门刑法典》等等;同时在学理上也要修正传统的刑法观点<sup>②</sup>,并且在立法未作修改之前可以作出符合宪政精神的扩大解释。

(五) 死刑的人权视角审视。2004年《宪法修正案》第24条规定:《宪法》第33条增加1款,作为第3款:“国家尊重和保障人权”。“这样修改,主要基于两点考虑:一是尊重和保障人权是我们党和国家的一贯方针,这次把它写入宪法,可以进一步为这一方针的贯彻执行提供宪法保障。二是党的十五大、十六大都明确地提出了‘尊重和保障人权’。在宪法中作出尊重和保障人权的宣示,体现了社会主义制度的本质要求,有利于推进我国社会主义人权事业的发展,有利于我们在国际人权事业中进行交流和合作。”<sup>③</sup>正如赵秉志教授所言,“作为国家法治的重要组成部分,刑事法治直接关系到公民的基本人权:一方面通过惩罚犯罪来维护社会正常秩序,为人民群众提供良好的生产、生活环境;另一方面维护犯罪人的基本权益,使其所受到的惩罚与其犯罪行为相当,保证其不受到不公正的惩罚,并通过刑罚的执行来感化和改造犯罪人,使其重新回归社会。……如何在刑事法治实践中充分尊重和保护人权,不仅是建设社会主义法治国家的必然要求,也是厉行宪政、贯彻宪法基本原则的客观要求。”刑法同样作为宪法的保障法,刑法对人权的保护,不单是指对一般社会成员的人权的保护,而且也是指对作为社会成员的犯罪者本人的人权的保护。换言之,人权的普遍

<sup>①</sup> 参见《实施依法治国基本方略的重大举措——宪法修正案诞生记》,载《检察日报》2004年3月22日。

<sup>②</sup> 张明楷教授就提出了如下观点:财产犯的法益首先是财产所有权及其他本权,其次是需要通过法定程序恢复应有状态的占有(参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第596页)。

<sup>③</sup> 参见王兆国:《关于〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明》,载《人民法院报》2004年3月9日。



性决定了犯罪人的人权与一般人的人权都是刑法的保护对象。<sup>①</sup>因此,可以说,观察一个国家的人权状况,刑事法的立法和司法是重要的切口,而其中又以“犯罪人”特别是死刑犯的人权保障作为“晴雨表”。从理论层面而言,从人权的角度审视死刑,主要涉及两个问题:一是死刑是否能收到保护一般人的人权的特有的效果,或者说,死刑是否是保护一般人的人权所必需的;二是生命权是否可以被剥夺。<sup>②</sup>而这其实又是长期以来的“死刑存废”之争。从实践层面而言,从人权的角度审视死刑,同样主要涉及两个方面:一是立法如何分配死刑罪名;二是如何解决死刑复核权的回收。就前者而言,我同意高铭喧教授的如下观点:死刑究竟应该适用于何种犯罪,一直是国际人权法关心的热点问题。1998年我国政府签署了《公民权利和政治权利国际公约》,尽管全国人大常委会尚未予以批准,但毫无疑问,签署的必然的逻辑结果是加入。因此,从该《公约》与我国刑法相衔接的角度考察我国的死刑罪名分配问题具有重要的现实意义。<sup>③</sup>

《公民权利和政治权利国际公约》第6条第2款规定,在未废除死刑的国家,判处死刑只能作为对最严重的罪行的惩罚。何谓“最严重的罪行”,按照《保证面临死刑者权利的保护的保障设施》所限定的标准,是指致死或者其他极其严重的后果的故意犯罪。所谓“有致死后果的故意犯罪”实际上是指严重的暴力犯罪;所谓“其他极其严重的后果的故意犯罪”应该是指犯罪行为所侵犯的客体之价值与人的生命权利相当的犯罪。我希望的最终理想结果是,普通刑事犯罪(相对于国事犯罪和军事犯罪)中只设立两个死刑条款:一是严重暴力或者以危险方法致人死亡的;二是以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的。现阶段尚可保留贪污罪和受贿罪两个死刑罪名(否则,就如高铭喧教授所言死刑就只针对老百姓了)。就后者而言,尽管1979年《刑法》和1997年修订的《刑法》、1979年《刑事诉讼法》和1996年修订的《刑事诉讼法》都明确规定死刑只能由最高人民法院核准,但是基于有关原因最高人民法院在二十多年前将部分死刑案件下放给了高级人民法院行使,于是造成了如下几大变化:一是死刑核准主体的惟一

① 参见邱兴隆:《关于死刑的断想:死刑与人权》,载《刑法评论》第3期,法律出版社2004年版,第10—14页。

② 同上。

③ 参见高铭喧:《从国际人权公约看中国部分非暴力犯罪的死刑废止问题》,载《刑法评论》第3期,法律出版社2004年版,第8—9页。

性被打破,由一个核准主体变成了33个核准主体;二是死刑核准对象的统一性被打破,出现了同一种罪行,在甲地由最高人民法院核准,在乙地由高级人民法院核准,此种罪由最高人民法院核准,彼种罪由高级人民法院核准,以及国内死刑犯高级人民法院核准后即可执行,而外籍死刑犯高级人民法院核准后还需报最高人民法院备案才可执行等诸多不平等现象;三是死刑复核程序在高级人民法院实践中被虚置,因受同一审判委员会的领导而不得与二审程序合二为一;四是死刑适用的标准不统一,相似罪行的被告人,甲地高级人民法院判处死刑缓期两年执行,乙地高级人民法院判处死刑并核准立即执行,丙地高级人民法院判处死刑立即执行后报最高人民法院核准又被改判死刑缓期执行或者无期徒刑。

基于上述种种弊端,比较共同的意见是:死刑复核权应该回收,不应再继续下放。特别是随着中央成立司法体制改革领导小组以来,无论是实务部门还是学界均献计献策,直至2004年“两会”期间成为热点问题。但是,通过何种方案来保障死刑复核权的回收,则存在若干不同主张并提出了相应的理由:第一种方案是最高人民法院在本院增设几个死刑复核庭;第二种方案是在全国设立若干巡回法庭;第三种方案是在全国设立若干分院。<sup>①</sup>作为参与者,我有两点感受比较深刻:一是共同话语机制的建构问题,即如何促进学术理性话语及时有效地转化为公共权力话语<sup>②</sup>;二是借用“立法易,司法难”<sup>③</sup>的观点,逻辑论证易,实践操作难。正如赵秉志教授所说的,“死刑复核权收回最高人民法院,关键问题不在于法院人手和经费,而在于有关决策机构和领导人的眼光与魄力。只要决策者认识上去了,下决心从死刑复核上依法坚决把好关,其他问题虽有困难也是可以解决的。”

最后,借用著名经济学家吴敬琏教授的观点:1997年以后,建设法治的实际进度似乎并不像人们想像的那样快,甚至有时还有渐渐地回到老轨道上去的趋势。……需要做许多工作来提升全民族的物质文明、精神文明和政治文明。至少应当使得这个社会里面的中坚力量对于诸如什么是法

① 参见胡云腾等:《论死刑适用兼论死刑复核程序的完善》,载《人民司法》2004年第2期。

② 参见拙文:《为理性刑法典而阅读(代序言)》,载《阅读刑法典——罪状建构的若干比较》,人民法院出版社2004年版,第13页。

③ 参见何家弘主编:《法学家茶座》第2期,山东人民出版社2003年版。

治这类基本问题,对于民主、宪政、法治等互相界定的范畴取得一定程度的共识。……我们知识界作为社会的良知,应该负起责任来,发挥自己应有的作用。<sup>①</sup>窃以为,从宪政视角审视刑法,“在刑法之外研究刑法”,或许会有助于“共识”的形成。

---

<sup>①</sup> 参见吴敬琏:《建立法治的市场经济》,载《读书》2004年第3期。

# CONTENTS 目 录

---

|                         |    |
|-------------------------|----|
| <b>一、宪法司法化步入刑事领域的提升</b> |    |
| ——刑事法治的宪政基础             | 1  |
| (一) 刑事法治应契合宪政价值理念       | 1  |
| (二) 罪刑规范建构应遵循的价值性原则     | 5  |
| (三) 罪刑规范建构应引入“合宪性”审查    | 19 |
| (四) 罪刑规范解构应遵循“有利于被告人”原则 | 28 |

---

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| <b>二、刑罚权力运行样态的分析</b>          |    |
| ——国家职能的双重假设                   | 33 |
| (一) 国家职能的双重假设——消极职能与积极职能      | 34 |
| (二) 刑罚权力的阈域界定——制刑权中的自由主义与权威主义 | 41 |
| (三) 刑罚权力的司法启动——求刑权中的被动主义与能动主义 | 47 |
| (四) 刑罚权力的司法量化——配刑权中的规则主义与裁量主义 | 51 |
| (五) 刑罚权力的执行兑现——行刑权中的威吓主义和矫正主义 | 56 |

## CONTENTS 目 录

---

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| <b>三、权威刑法抑或自由刑法</b>            |    |
| ——“二难”案件司法的理念                  | 62 |
| （一）“二难”案件的现实存在：制度<br>诱因与事实导索   | 63 |
| （二）“二难”案件定性的理论基础：自由<br>主义与社群主义 | 68 |
| （三）“二难”案件定性的立法诱导：司法<br>选择      | 70 |

---

|                         |    |
|-------------------------|----|
| <b>四、刑罚权力边界的规范匡定</b>    |    |
| ——法治刑法的重塑               | 73 |
| （一）犯罪概念的形式规定：总则规范<br>匡定 | 74 |
| （二）罪状设置的定量模式：分则规范<br>匡定 | 83 |

---

|                        |     |
|------------------------|-----|
| <b>五、空白罪状“委任立法”的思考</b> |     |
| ——宪法“立法权力”的安排          | 94  |
| （一）空白罪状“委任立法”的实然存在     | 94  |
| （二）空白罪状“委任立法”的应然追问     | 97  |
| （三）空白罪状“委任立法”的具体规减     | 120 |

# CONTENTS 目 录

---

|                        |     |
|------------------------|-----|
| <b>六、罪刑规范均衡原则的立法背离</b> |     |
| ——立法平等的审视              | 133 |
| (一) 罪刑规范均衡的立法背离        | 133 |
| (二) 罪刑规范不均衡的克服         | 139 |

---

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| <b>七、刑法类罪体系安排的再思考</b> |     |
| ——宪法“基本权利”的保护         | 142 |
| (一) 宪法基本权利优位层面的反思     | 142 |
| (二) 宪法基本权利归类层面的思考     | 151 |

---

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| <b>八、侵犯财产罪保护法益及对象的比较思考</b> |     |
| ——财产权入宪视角的审视               | 158 |
| (一) 侵犯财产罪保护法益的学理比较         | 158 |
| (二) 侵犯财产罪对象的立法比较           | 163 |
| (三) 财产权入宪引发的思考             | 175 |

---

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| <b>九、自由:宪政维度及其刑法保护的思考</b> |     |
| ——人身自由法益保护的刑事立法比较         | 183 |
| (一) 理念的自由:自由主义的言说         | 183 |
| (二) 规范的自由:宪法层面的考察         | 193 |
| (三) 法益的自由:刑法典的比较          | 203 |

## CONTENTS 目 录

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| <hr/>                     |     |
| <b>十、“亲亲相隐”：刑法伦理底限的寻求</b> |     |
| ——宪法伦理价值保护的期待             | 213 |
| (一) 刑法、伦理关系的合理定位          | 213 |
| (二) “亲亲相隐”：刑法、伦理关系的<br>范例 | 218 |
| <hr/>                     |     |
| <b>十一、死缓适用条件设置的四维思考</b>   |     |
| ——人权入宪视角审视死刑之一            | 233 |
| (一) 死缓适用条件设置的渊源思考         | 233 |
| (二) 死缓适用条件设置的政策依据<br>思考   | 235 |
| (三) 死缓适用条件设置的规范思考         | 240 |
| (四) 死缓适用条件设置的实证思考         | 243 |
| <hr/>                     |     |
| <b>十二、盗窃罪死刑配置及适用的实证研究</b> |     |
| ——人权入宪视角审视死刑之二            | 260 |
| (一) 盗窃罪罪刑均衡的条款实证研究        | 260 |
| (二) 盗窃罪罪刑均衡的个案实证研究        | 269 |
| (三) 余论：定罪准确乃罪刑均衡的<br>前提   | 275 |

# CONTENTS 目 录

---

## 十三、死刑复核权下放与回收的三维思考

——国外宪法“正当法律程序”视角审视

死刑之三 279

(一) 死刑复核权下放与回收:权力归属的思考 279

(二) 死刑复核权下放:“正当程序”的思考 284

(三) 死刑复核权回收:操作层面的思考 293

---

## 十四、挪用公款罪合宪性角度的思考

——宪法平等保护非公有制经济 298

(一) 挪用公款法益“公款使用权”的再思考 299

(二) 挪用公款“利用职务上的便利”的再思考 303

(三) 挪用公款背离“平等性”的思考 307

---

后 记 316



# 一、宪法司法化步入刑事领域的提升

## ——刑事法治的宪政基础

依法治国,建设社会主义法治国家,在某种意义上可以说,就是依宪治国,建立宪政国家。依宪治国,就应树立法律的权威并首先树立宪法的权威。宪政国家,并不只是意味着存在一部全面规定公民基本权利和限制政府权力的宪法。宪法只有得到真正有效的实施,宪法确立的公民基本权利只有得到真正有效的实现,宪法规定的国家权力分工与监督制约机制只有得到真正有效的运作,才能算是有了真正意义上的宪政。在我国,随着社会的进步和时代的发展,宪法作为“国家的根本法,具有最高的法律效力”,越来越受到重视。特别是,以江泽民同志为核心的第三代领导集体,更是强调“书本上宪法”转化为“活宪法”,即“要采取更加有力的措施,加强宪法实施的有效保障,包括健全宪法实施的具体制度,开展对宪法实施的经常性检查监督,及时地纠正违反宪法的现象,切实把宪法的各项规定落到实处”。因此,如何在法实践的层面上确保宪法权威以及宪法规范的有效实施,无疑是当下重要和紧迫的问题,其中,无疑也包括刑事法实践层面贯彻和体现宪政宗旨的内容。在某种程度上可以说,宪法步入刑事法领域并得到提升,在当下的中国恰恰没有得到应有的重视或被无意识地忽略。在我看来,“公民的自由主要依靠良好的刑法”(孟德斯鸠语),刑法以剥夺公民自由为主要制裁手段,不良的刑法无疑是公民自由的最大威胁,因此,探寻刑事法治与宪政的价值理念上的关联,进而为刑事法规范的建构提供宪政制度基础,具有重要的理论意义和实践价值。

### (一) 刑事法治应契合宪政价值理念

法治的概念虽古已有之,但法治概念又时常模糊不清,西方学者认为是因为“法治的分析语境出自西方的思想和实践这两个不同的来源。法律实践家和法官总是站在法治对话的前沿,他们的实践则为理论家所解释。尽管法治有着丰富的、难以割断的实践的历史,但理论家所做的将它理论化的